# EL OTRO KELSEN

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# EL OTRO KELSEN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES, núm. 122

EDICIÓN AL CUIDADO DE MIGUEL LÓPEZ RUIZ

# EL OTRO KELSEN

VÍCTOR ALARCÓN, ÓSCAR CORREAS, NORBERTO BOBBIO,
RICARDO GUASTINI, MARIO G. LOSANO, JUAN RUIZ MANERO,
ULISES SCHMILL, RENATO TREVES, ROBERT WALTER

CON TEXTOS DE HANS KELSEN

*Compilador*
ÓSCAR CORREAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MÉXICO 1989

Primera edición: 1989

DR © 1989. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, C.P. 04510

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Mario de la Cueva.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-1088-9

# INDICE

Presentación . . . . . 7

PRIMERA PARTE

## ACERCA DEL OTRO KELSEN

Hans Kelsen: bitácora de un itinerante . . . . . 17
Víctor ALARCÓN OLGUÍN

El otro Kelsen . . . . . 27
Óscar CORREAS

Kelsen y Max Weber . . . . . 57
Norberto BOBBIO

Kelsen y Marx . . . . . 79
Ricardo GUASTINI

Kelsen y Freud . . . . . 99
Mario G. LOSANO

Sobre la crítica de Kelsen al marxismo . . . . . 111
Juan RUIZ MANERO

El concepto del derecho en las teorías de Weber y de Kelsen . 163
Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

Kelsen y la sociología . . . . . 195
Renato TREVES

Bibliografía kelseniana . . . . . 215
Robert WALTER

SEGUNDA PARTE

## EL OTRO KELSEN

Forma de Estado y visión del mundo . . . . . 223
Hans KELSEN

Dios y Estado . . . . . 243
Hans KELSEN

El concepto de Estado de la sociología comprensiva . . . . 267
Hans KELSEN

Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico . 283
Hans KELSEN

El alma y el derecho . . . . . 319
Hans KELSEN

El concepto de Estado y la psicología social. (Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud) . . 333
Hans KELSEN

*El otro Kelsen*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, el día 16 de octubre de 1989. Su composición se hizo en tipo Medieval 10:11 8:9. La edición consta de 2.000 ejemplares

# PRESENTACIÓN

Kelsen continuará siendo, sin duda, fuente de ásperas polémicas. Es la suerte que les cabe sólo a los grandes pensadores. Este libro, esta recopilación, no tiene otro objeto que avivar la polémica. Desde el título que hemos buscado para rotular este conjunto de ensayos de y sobre él: *El otro Kelsen*. Lo cual es, obviamente, una provocación; puesto que no puede haber sino un Kelsen, como no hay sino un Marx o un Platón ¿o es que sí puede haber más de uno?

Lo que parece que no puede negarse es que hay en estos años, no digamos un "resurgir" puesto que nunca ha dejado de estar presente, pero sí un acentuado interés por Kelsen, ahora incluso más allá del ámbito de los juristas. Creo que, afortunadamente, va perdiendo el sambenito de teórico del derecho para empezar a aparecer como uno de los grandes pensadores del siglo XX sobre el fenómeno del poder: como un pensador o filósofo de la política.

Esto último sería un absurdo si nos atuviéramos a la ideología de buena parte de los autodefinidos como kelsenistas, que precisamente se apoyan en él para pregonar una ciencia jurídica al margen de la política. Y aquí se abre la cuestión: no es que haya más de un Kelsen. Pero sí hay más de una lectura de Kelsen, como las hay de Marx o de Platón.

Existe la que es posiblemente la más común de las lecturas de nuestro filósofo: la que hacen los jusnaturalistas. Los fundamentos filosóficos de esta lectura los ha denunciado el propio Kelsen, y la polémica, en suma, es la de siempre, entre metafísicos-racionalistas-totalitarios por una parte, y empiristas-relativistas por la otra. La polémica puede tener mil formas, pero la cuestión es siempre la misma: los jusnaturalistas quieren que se reconozca que existe la verdad, lo bueno y lo bello en sí. Y Kelsen lo niega, para decir que estas ideas absolutas alientan la dictadura. La polémica seguirá, aunque Kelsen sea olvidado, con otros personajes, en tanto haya quienes deseen imponer sus valores "por la razón o por la fuerza", fundándose en designios extrahumanos.

Pero el éxito del jusnaturalismo contra Kelsen, en las escuelas de derecho, no se asienta en las cátedras de filosofía del derecho, sino

en las de derecho civil. Es allí donde el jusnaturalismo tiene su "teoría" más desarrollada. Es que el código civil es jusnaturalismo en acto: es un discurso montado sobre la idea del hombre que tiene derechos que el código no hace sino reconocer. ¿Cómo explicar a alguien tan poco preparado en filosofía, como un abogado —profesor o alumno— que la equidad entre las prestaciones de acreedor y deudor no se funda en alguna "naturaleza humana" sino en la lógica de las mercancías y de la ley del valor, que se trata de una concepción histórica, cultural, de la justicia, y no de la justicia devenida código civil? No es que el jusnaturalismo apele al sentido común; es que el sentido "común" ha sido construido sobre una concepción naturalista de la ética y el derecho. No es que la relación mercantil sea "natural" o "naturalmente justa". Es que la idea de la justicia ha surgido de la relación mercantil.

No es de extrañar, por lo tanto, que el jusnaturalismo impere en las escuelas de derecho, aun cuando las cátedras de *filosofía del derecho* están hegemonizadas por los kelsenistas. Y esto sucederá mientras el derecho privado continúe siendo el núcleo de la formación de los abogados. Y seguiremos leyendo tratados, siempre muy extensos, que tal vez en el primer tomo, en la introducción, se confiesen de inspiración positivista, y luego, cuando traten de las *personas* retomen el discurso jusnaturalista.

Lo que el jusnaturalismo lee en Kelsen, es su supuesto rechazo a hablar de justicia. Lo cual es falso. Se trata simplemente de una ignorancia, de buena o de mala fe. Que tratándose de ignorancia, en el campo de la filosofía y la ciencia, no puede saber cuál es peor, si la de buena o la de mala fe. Kelsen no sólo no rechaza el tema, sino que lo ha tratado profusamente. Sólo que no dice lo que los jusnaturalistas quieren oír: no es que no trate de la justicia, sino que dice que no existe una justicia al margen de los hombres, de las disputas entre los hombres acerca de lo que eso es. Lo que Kelsen hace es sacar el tema del terreno de la metafísica para ponerlo en el terreno de la política. Y eso claro que no les gusta a los jusnaturalistas, y por eso dicen que Kelsen se niega a tratarlo.

Por su lado, buena parte de los kelsenistas hacen lo mismo. Como Kelsen dijo que quería fundar una ciencia que describiera las normas, no que las justificara so pretexto de cientificidad, entonces estos kelsenistas dicen que la ciencia jurídica no tiene nada que ver con la política. Lo que ocultan es la diferencia entre ciencia y teoría de una ciencia. La *Teoría "pura"* no es una ciencia sino una filosofía política

que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica: quiere quitar a los juristas la posibilidad de incluir, en la *descripción* de las normas, su *justificación,* cosa que es la que hacen principalmente los jusnaturalistas, pero también —según Kelsen— los marxistas y otros totalitarios. O sea que quien es "pura" es la ciencia, no la teoría. Pero en realidad estos seudokelsenistas utilizan esta idea, tergiversada, para impedir cualquier discusión —"sociologizante", le dicen— acerca del contenido del derecho. Y, además, quieren hacer creer que no pronunciarse ¡es una actitud no política!

Lo que estos kelsenistas ocultan es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen. Por eso nunca citan los otros trabajos de Kelsen, ni las partes urticantes de la propia *Teoría pura del derecho.*

Sin embargo, también hay que decirlo, desde luego que sí existen los kelsenistas fieles al espíritu del maestro. Los que sí estudian y hablan de esos otros escritos, los que no aceptan que el derecho ni su ciencia puedan ser apolíticos, y que, finalmente, no utilizan dictatorialmente sus puestos en las cátedras que controlan.

Por parte de los marxistas y otros "sociologizantes" la relación es más complicada aún. Por una parte, igual que los jusnaturalistas acusan a Kelsen de "formalismo" a ultranza, y por tanto de despreocupación de la "cuestión social"; sobre esto hay que decir lo mismo: es ignorancia. Pero, además, le acusan de justificar con su formalismo todo Estado, cuando, con su formalismo, Kelsen precisamente hace lo contrario: quitar apoyo a cualquier Estado. Y quizás esto es lo que resulta intragable para el marxismo estatólatra.

Pero, finalmente, lo que este marxismo oculta, o no quiere leer, en Kelsen, es lo mismo: el carácter radicalmente político que le atribuye al derecho, al punto de identificar al Estado con el orden jurídico. Se trata del género de marxistas que ha sostenido siempre el carácter secundario y posterior de la ideología; aquellos para quienes el derecho responde a las excitaciones de la base, lo cual, sin dejar de ser aceptable, oculta el fenómeno del *poder,* que se ejerce, finalmente, a través de la ideología del que está sujeto al poder; a través precisamente de las normas. Por esto, para no perder la especificidad del derecho, del sentido con que éste se dirige a los hombres, Kelsen ha defendido siempre la consideración de la normatividad como *validez,* aun cuando ésta esté condicionada por la *eficacia.*

Lo que este género de marxistas no quiere ver en Kelsen es que es precisamente su teoría, la que politiza el derecho justamente como un marxismo aceptable debería hacerlo: como ideología, como forma ideal

que *hace actuar* según lo quiere la "voluntad" que ha puesto tales y no otros contenidos en las normas. Creo que la de Kelsen es la mejor interpretación, en lo que se refiere al derecho y el Estado, del Marx que buscaba una diferencia entre los procesos económicos y los procesos políticos en aquel celebérrimo pasaje de la base y la superestructura.

Desde luego que Kelsen es uno solo. Pero no puede negarse que, por otra parte, hay varias lecturas de él. Curiosamente, las tres que hemos recordado ocultan, o no leen, el mismo sector de su pensamiento: su filosofía política (que es la que, por cierto, ilumina todo lo demás, como es propio y natural en todo pensamiento). Por razones cuya similitud puede analizarse, estas tres lecturas pasan por alto que la teoría kelseniana pone el fenómeno político, el poder, en el radical inicio de su concepción del derecho: las normas, dice decenas de veces, son el sentido de actos de voluntad, voluntad cuyo objetivo es el control social. Este es el núcleo de su filosofía, y su clave está en el concepto de *voluntad*, todo lo metafísico que se quiera, pero con el cual se expresa el hecho simple, y conocido desde siempre, de que unos hombres dominan a otros, y estos otros se rebelan a veces y otras veces aceptan la dominación.

Los jusnaturalistas dicen que esta dominación *debe ser* "justa". (Puesto que no niegan la legitimidad del Estado que para ellos siempre "debe" tender al bien común). Con lo cual justifican un cierto tipo de orden de dominio: justamente aquel cuyo contenido coincide con la particular concepción del jusnaturalista de que se trate. Así es como se multiplican las concepciones jusnaturalistas: las hay de católicos, de nazis, de empresarios; los militares y los policías actúan siempre según la justicia —dicen ellos, claro—; y todos con algo en común: lo que ellos dicen que es lo justo, *no se discute*. (Si ellos están en el poder, claro). Es decir, está al margen de la política, de la lucha ideológica. Lo que sucede es que están dispuestos a matar a cualquiera que opine lo contrario. Nomás hay que ver cómo "las gastan" cuando tienen el poder, para tener una confirmación de lo mucho que aprecian su justicia.

Lo que Kelsen hace, frente a ello, es *politizar* el contenido de la justicia: lo único justo es que todos tienen el derecho a proponer su concepción de lo justo en la arena política; y el que convenza a más conciudadanos debe disponer del poder mientras mantenga el consenso para su gobierno. Es esta la única manera, piensa Kelsen —y millones pensamos como él— de mantener la paz, de superar los conflictos en-

tre las distintas voluntades que quisieran establecer las normas según las cuales los otros deben regir sus conductas.

Esto, que es la politización radical de la discusión sobre el contenido del derecho, es lo que desespera a los jusnaturalistas.

Frente a ellos, los kelsenistas adoptan una posición relativista, y a primera vista democrática: lo justo y lo bueno, es relativo. Pero del derecho puede haber una teoría que hable de las normas en general, sin tener por ello que pronunciarse acerca de la justeza de su contenido. Lo importante es no pronunciarse sobre los efectos de estas normas de aquí y ahora. Lo cual es una trampa, puesto que no pronunciarse sí es un pronunciamiento. Pero la cuestión no está tanto allí, sino en que se *oponen a quienes sí quieren pronunciarse*. Con un argumento sutil: "eso es otra ciencia, que nada tiene que ver con la ciencia del derecho". Es sutil, porque el argumento dice que hay sólo una ciencia jurídica, por casualidad la que ellos practican. Y, además, sin negar la sociología o que la política pueda ser objeto de estudio, sí niegan un espacio para ello allí donde pueden ejercer algún control sobre qué se debe y qué no se debe estudiar respecto del derecho. Para ellos no hay ciencias jurídicas, sino *la* ciencia jurídica: la que ellos practican y leen en Kelsen. Cualquiera puede comprobarlo: basta con buscar en sus escritos citas del otro Kelsen —de los artículos que publicamos en este libro, por ejemplo—, para comprobar si es o no parcial su lectura. Desde luego, pueden decir que en ellos Kelsen no habla de ciencia jurídica. Sí; es cierto. De *esa* ciencia, no. Pero entonces no hablan de lo mismo que habla Kelsen, para quien el derecho es una técnica social que consiste en normas, que tienen el efecto, en la conducta de los dominados, de hacer que éstos se comporten como quiere el dominador.

Con buena parte de los marxistas ha pasado lo mismo. Les ha quedado oculto el Kelsen que hace precisamente eso que le reclaman: hablar del derecho como espacio político, donde se enfrentan clases sociales, partidos y concepciones del mundo.

Pero hay algo más en este interés por rescatar esos otros escritos, que iluminan de otra manera los libros más conocidos de Kelsen. Y es que se trata de un pensador que habla, y vale la pena escucharlo, del gran tema de nuestro tiempo, del que se ocupan Heidegger y Foucault, Gramsci y Marcuse, Weber y Freud: del destino de nuestra civilización.

Me parece que la pregunta con que finaliza el siglo XX es acerca de las alternativas frente al fracaso de la economía y de la técnica. La

economía prometió la solución del bienestar material, y nunca ha habido tanta hambre como ahora; la técnica prometió el *confort*, y nos dio bombas y contaminación a millones de seres humanos. Y detrás de ellas estaba la ciencia, la razón. Por todas partes, marxistas y no marxistas dijeron que la inteligencia aplicada resolvería los problemas. Bastaba dirigir los procesos económicos —o dejar que se dirigieran solos, según el gusto— para que el futuro prometiera un mundo mejor y para que todo se diera por añadidura. O bastaba dirigir los procesos sociales —la lucha de clases, queríase decir— para que llegara la revolución que liquidaría las clases, la desigualdad, el derecho y el Estado. Sueños. Sueños de la razón.

Al finalizar el siglo XX, la razón retrocede ante la aparición de otros actores que no habían sido tomados en cuenta, por metafísicos, como la voluntad de poder, el inconsciente, el deseo, el mito, conceptos todos de origen irracionalista, pero cuya presencia no puede explicarse sin el fracaso de la ciencia y de la técnica. Todos estos conceptos fueron explorados por Kelsen, aun cuando fuera un racionalista que confiaba en la ciencia. Y no es cierto que no tratara estos temas al final de su vida. Al contrario: tanto lo hizo, que el papel que le adjudicó en su obra póstuma a la voluntad, desilusionó a alguno que condenó a la *Teoría pura* al irracionalismo.

Estos conceptos, oscuros, que hoy ocupan a los filósofos que no son apologetas del mundo capitalista, tienen algo en común: abren el espacio de lo político como el lugar donde se juega el futuro de la humanidad, precisamente por el fracaso de la economía y la revolución que la razón prometió guiar. Ahora parece que ya sabemos que no basta la técnica que planifica ni la "dirección *consciente* del proletariado". Hay algo más, que estuvo siempre allí: el hombre y su voluntad de poder, sus deseos, sus mitos. El hombre al que no le basta la planificación racional porque no es tan racional como se creyó; el hombre al que no le basta que le expliquen la conveniencia de la revolución, al parecer porque no es tan racional como para querer lo que la revolución le ofrece.

En América Latina, la lógica revolucionaria cayó en Bolivia en 1967, aunque fueron necesarios diez años más para su derrota completa. La "lógica" era simple: la situación "objetiva" permitiría que los obreros y campesinos, tan pronto el nuevo intelectual, el guerrillero, les explicara la necesidad de la revolución y les mostrara el camino, seguirían inmediatamente a sus bienhechores hasta la victoria final. Pero no fue así: con excepción de Nicaragua, después de Cuba, no

hubo ninguna victoria final. La razón había fracasado. Y diez años después, la razón económica también nos condujo al rincón contrario del prometido.

Al mismo tiempo, a cambio, aparecieron en nuestro horizonte intelectual nombres que han signado el pensamiento latinoamericano: Foucault y el poder por todas partes; Freud y el deseo, una posibilidad de entender a los torturadores y la adhesión a los caudillos; Gramsci y el "todo es política" y el "no hay solución sin una nueva cultura". Pensadores éstos no necesariamente coetáneos de las derrotas latinoamericanas, pero que adquirían nueva fuerza en la encrucijada. Todo mientras los Octavio Paz, García Márquez o Vargas Llosa nos mostraban un espejo en el que vimos que la razón, en América Latina, es sólo *una* variable entre muchas otras. Y el viejo Nietzsche apareciéndose burlonamente tras los cuadros de Hegel, sin que terminemos de animarnos a invitarlo a la mesa.

La política en el sentido de Gramsci, el poder por todas partes, el individuo que conserva el secreto final de los procesos sociales, son los temas a los que nos reconduce el fin del siglo XX. Desde luego, no todos piensan así; al contrario; tal vez sólo algunos. Pero, precisamente, de lo que se trata, es del debate. Y en este debate es que es bienvenido Kelsen.

Este otro Kelsen, que nos propone al derecho como espacio y resultado, siempre provisorio, de la política; que propone al derecho como mecanismo de la democracia, antiestatalista, pero sin ingenuidades anarquistas; que nos propone el derecho internacional como posibilidad para la paz, que por ser la única posibilidad no tiene nada de ingenuidad. Este otro Kelsen que desconfía de las computadoras para recordarnos que detrás de cada una de ellas hay un individuo que la maneja, una voluntad que puede o no hacer andar la razón envasada; que nos propone el mito de dios parejo al del Estado; que piensa las normas como un acto de voluntad que da el sentido a la conducta de otros, es decir, como un acto de dominación; que muestra la radical irracionalidad de la interpretación y la aplicación de la ley, que no son sino actos políticos legitimados; que nos propone la *grundnorm* al final, como una ficción que actúa en nuestra conciencia invistiendo a otro de una autoridad que no posee por sí mismo; que nos muestra a todos nosotros nuestro *rol* de órganos del Estado, de cuidadosos vigilantes del cumplimiento de la ley que nos domina; que nos propone al Estado como acto ideológico de "imputación"; que explora la psicología individual de los totalitarismos y su "visión del mundo"; que nos

muestra al derecho subjetivo como técnica de la sociedad capitalista, esto es, al *sujeto* como creación histórica, mucho antes que Foucault. Este otro Kelsen que no leen, o no quieren leer, ni los jusnaturalistas ni algunos kelsenistas ni algunos marxistas, es quien aporta el punto de vista teórico del derecho en este concierto de pensadores que, como Gramsci, Freud o Foucault, proponen la política y el individuo frente a la racionalidad de los procesos sociales que se suponían ineluctables.

En este contexto proponemos estos textos de y sobre Kelsen. Tenemos mucho que agradecer a quienes nos permitieron finalmente ofrecer el libro. Renato Treves nos cedió los derechos de los cuatro artículos que sobre Kelsen aparecieron en *Sociologia del Diritto*. Carlos Cárcova nos envió desde Buenos Aires las traducciones del artículo sobre Freud y sobre el concepto sociológico y jurídico del Estado. Escribimos al Instituto Kelsen de Viena invocando, con su autorización, el nombre de Roberto Vernengo, y el doctor Robert Walter nos remitió los originales de *Dios y Estado* y el artículo sobre Weber, al mismo tiempo que una bibliografía kelseniana de su autoría. El licenciado José María Cajica nos abrió las puertas de su biblioteca personal, donde encontramos la revista *Sociologia del Diritto*, una gran bibliografía de y sobre Kelsen, al mismo tiempo que por su intermedio conocimos a Treves, iniciando así esta búsqueda que no acaba aquí. En fin, lo que hoy —marzo 1988— entregamos a la consideración de alguna editorial, es el fruto de varios años de trabajo, de búsqueda de ese otro Kelsen que no nos mostraron en la Facultad de Derecho, que nos ha costado mucho tiempo descubrir y sobre todo aceptar que no conocíamos, y leerlo sin los prejuicios que aprendimos de los jusnaturalistas, los kelsenistas y los marxistas. Que otros no tengan que recorrer un camino tan largo, sería la mejor retribución de nuestro trabajo.

Óscar CORREAS

# HANS KELSEN: BITÁCORA DE UN ITINERANTE

Víctor ALARCÓN OLGUÍN *

SUMARIO: I. *Los primeros años.* II. *De Weimar a Berkeley.* III. *Kelsen y América Latina.*

> Habría sido más que presuntuoso hacer creer al lector que puede tener éxito donde los más ilustres pensadores han fallado. Y, en efecto, no conozco, y no puedo decir lo que es la justicia; la justicia absoluta por la cual la humanidad está anhelante. Debo conformarme con una justicia relativa y simplemente puedo decir lo que la justicia significa para mí. Puesto que la ciencia es mi profesión, y por ende, la cosa más importante en mi vida, la justicia es para mí aquel orden social bajo cuya protección la búsqueda por la verdad puede prosperar. "Mi" justicia, entonces, es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.
>
> *¿Qué es la justicia?* (1957)
>
> HANS KELSEN

Este extenso pensamiento, con el cual Kelsen culmina uno de sus opúsculos más significativos, compendia, a un mismo tiempo, la intensa búsqueda personal que recorrería su vida y su obra. Estas breves notas se adhieren a la aspiración inmanente no de contribuir a un espíritu hagiográfico, sino de retomar su discusión analítica precisamente bajo el rectorado de los principios de la tolerancia y la libertad.

Difícilmente podremos agregar elementos novedosos con referencia al entorno biográfico de Kelsen que no hayan sido tocados por otros

* Departamento de Estudios Políticos. CIDE. Dedico este texto a Esther Krausov.

autores. Sin embargo, la eterna sombra conflictiva que pretende minimizar los aportes del jurista austriaco (lo consideramos como tal aunque hablaremos de los avatares sufridos por Kelsen para encontrar la tranquilidad que le significó ser reconocido como ciudadano común), obligan a una rápida recapitulación de estos aspectos para poder obtener así una dimensión objetiva (que no desconoce los diferendos políticos) acerca de su legado para la ciencia política y el derecho.

Bajo este lineamiento general, intentaremos realizar un recorrido que procura ubicar el contexto histórico en el cual se desenvuelve Kelsen, poniendo especial énfasis en la lucha entablada por defender un pensamiento plural en los años críticos del periodo fascista en Alemania y Austria. También tocaremos de manera tangencial una secuencia que abarque los principales materiales producidos a lo largo de su vida; por último, señalaremos una breve nota con respecto a las relaciones mantenidas por Kelsen con América Latina.

## I. Los primeros años

Como es de todos conocido, Kelsen nace en Praga en octubre 11 de 1881,[1] cuando todavía la región de Checoslovaquia pertenecía al Imperio Austro-Húngaro. Por esta circunstancia, el entorno intelectual en los años de estudio de Kelsen tendría a Viena como escenario, donde desarrolló una inicial vocación literaria que vería truncada por los costos que representaba su educación en planteles privados que no lo exoneraron de pagar debido a su "falta de brillantez académica". De ahí que sus cursos preparatorios antes de su ingreso a la Facultad de Derecho en la Universidad de Viena (1900) se viesen finalmente determinados por su asistencia a planteles públicos.

Cabe destacar que ya por ese entonces está incubada la confrontación que representa el ascenso de la socialdemocracia y la consolidación de los pensamientos expansionistas del imperialismo alemán promovidos junto con el antisemitismo que lo convirtió en automático blanco de las represiones que se emprendieron no sólo en contra de la comunidad judía, sino también contra el medio intelectual y litera-

[1] En los materiales que hemos empleado para realizar este esbozo descubrimos con sorpresa la existencia de divergencias sobre las fechas de su nacimiento y muerte, pese a que Kelsen dejó dos escritos autobiográficos (fechados en 1927 y en 1947, por desgracia aún no traducidos al español) que dejan establecido el dato aquí asumido. *Cfr.* al respecto, Métall Aladár, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, UNAM, 1976, 132 pp.

rio que propugnaba cambios; es en la época de la caída de la monarquía constitucional de los Habsburgos y la entrada en la República.[2]

Durante sus años universitarios, que culminarían con la elaboración de su trabajo acerca de la doctrina política de Dante Alighieri (1905),[3] Kelsen no pudo sostener una vida intelectual normal, tanto por las presiones políticas ya comentadas, como por el impacto que en él produjo el suicidio de su amigo Otto Weininger en 1903, en protesta por el rechazo recibido a su tesis doctoral. De esta manera, Kelsen sólo recibe influencias concretas de intelectuales como Leo Strisower, Herman Cohen, Eduard Bernatzik y de Adolf Mentzel.

Bajo estas influencias, Kelsen forja los antecedentes de lo que será con posterioridad la "teoría pura del derecho". Reconoce los desarrollos estructurados por los positivistas lógicos que convergen hacia una relectura del kantismo, cuyas bases empiricistas y cientificistas impregnarían de por vida su trabajo académico. Con el impulso "iluminista" que permite aspirar a contenidos posibles y verdaderos, Kelsen comienza ya a pensar al Estado como un orden jurídico que se conforma como un sistema de normas que pese a la diversidad de éstas, no elimina la unidad orgánica a la que debe aspirar el derecho en tanto disciplina.

Finalmente, Kelsen se doctora en derecho en 1906. Sin embargo, sus esfuerzos para proseguir en forma inmediata su carrera académica y de investigación se ven entorpecidos por diversos factores: la muerte de su padre en 1907, lo que lo obliga a postergar sus esfuerzos para obtener una plaza de *privat dozent*, en vista de que tiene que sostener conjuntamente con su madre a sus tres hermanos (Ernest, Gertrud y Paul Fritz). De ahí que no es sino a partir de 1908 cuando logra obtener una beca para investigación en la Universidad de Heidelberg, estudiando bajo la dirección inicial de Georg Jellineck, pero de quien se desvincularía rápidamente a causa de sus tesis nacionalistas-germánicas. Mantiene una relación parcial con el círculo de Max Weber, aunque no logrará profundizarla debido a su retorno a Viena ocasionado por la agudización de la crisis económica familiar. El producto inmediato de esos años de trabajo, combinado con el cumplimiento de su práctica judicial que lo capacitaría para litigar y estar

[2] Para revisar brevemente las condiciones económicas y políticas de ese periodo remito a Carsten, Francis L., *La ascensión del fascismo*, Barcelona, Seix Barral, 1971, pp. 41-54.

[3] En ese mismo año, Kelsen se convierte al cristianismo con el fin de aminorar las exclusiones antisemíticas que iban en aumento. *Vid*, Métall Aladár, *op. cit.*, p. 18.

en condiciones de entrar a la judicatura, es su obra *Problemas capitales de la teoría del derecho estatal*, la cual no aparecería hasta 1911, costeada por el propio Kelsen. En ese mismo año logra, asimismo, gracias al apoyo de sus viejos maestros Bernatzik y Mentzel, ingresar como *privat dozent* a la Universidad de Viena. Sin embargo, durante mucho tiempo tendrá que complementar sus ingresos con actividades adicionales en otras escuelas, situación incrementada por su casamiento en 1912 con Margarethe Bondi, así como los nacimientos sucesivos de sus hijas Ana (1914) y María (1915).

Sin embargo, aún no se atisbaba para el propio Kelsen un esclarecimiento con respecto a su futuro. De ahí que la experiencia alemana de la República de Weimar y, sobre todo, las secuelas dejadas por la Primera Guerra Mundial contribuirían a la definición de sus actos políticos y académicos. Iniciaba así el verdadero itinerario de Kelsen.

## II. De Weimar a Berkeley

La conflagración mundial colocó como aliados naturales a todos los países con filiación germánica. Alemania y el Imperio Austro-Húngaro no sólo defendían este presupuesto cultural, sino que al unísono establecían una causa común que procuraba rebatir al poderío obrero y a la ideología democrático-liberal. Para Kelsen, sin embargo, su participación dentro de Austria le ganaría una sólida estima como pensador progresista y sobre todo, pluralista, pese a sus reservas contra las ideas marxistas,[4] de las cuales ya en esa época recelaba por su constante apelación (en su vertiente leninista) hacia la instauración de la dictadura del proletariado, idea que chocaba de lleno con su percepción democrático-popular y regulatoria del poder excesivo del Estado mediante la igualdad jurídica llevada a su máximo extremo: la Constitución.

Kelsen es nombrado en esta época profesor extraordinario en la Universidad de Viena, pero en 1917 es llamado a filas en calidad de reservista. No es enviado al frente debido a una fortuita pulmonía y es reclasificado para desempeñar trabajos de oficina dentro del Ministerio de Guerra, gracias a la intervención del padre de uno de sus más

[4] En este sentido, el antimarxismo profesado por Kelsen no se traducía, como él mismo se empeñaba en aclarar, en antisocialismo. Para este punto, véase el estudio introductorio de Roberto Racinaro: "Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta" a *Socialismo y Estado* de Hans Kelsen. (México, S. XXI, Edit., 1982.)

insignes discípulos, Alfred Verdross. Durante tal estancia, Kelsen se verá involucrado en la formulación de un proyecto de Constitución militar, lo que le valdría ser llamado por el ministro de Guerra, Rudolf von Stiger Steiner, para desempeñar el puesto de asesor jurídico, lo cual lo coloca en relación directa con los grupos socialdemócratas, liberales y cristiano-conservadores que se organizarán al final del conflicto armado, para dar nacimiento a la República de Austria, en donde Kelsen contribuiría desde principios de 1918 con la propuesta de una Constitución Federal que garantizaría evitar el desmembramiento de las regiones no germánicas, a cambio de negociar las autonomías locales. El proyecto, elaborado con Heinrich Lammasch, haría resaltar, por otra parte, como elementos innovadores, la introducción de una democracia parlamentaria, la cual debía estar moderada por un Tribunal Constitucional que tendría la última palabra interpretativa de la ley. La lección de Weimar sin duda estaba presente en grado tal, que el lapso entre uno y otro ordenamiento fue relativamente breve. Así, el sentido aportado por Kelsen a la teoría constitucional consistiría en apuntalar la impartición de justicia como instrumento estrictamente apegado a la legalidad creada en todo tiempo y lugar que prescriba su vigencia; por otra parte, esta legalidad de aplicación expedita define la calidad y forma asumida por el Estado administrativa y jurídicamente sometido a la ley.[5]

Una vez terminado el interregno posbélico, Kelsen regresa en 1918 a su puesto de docente extraordinario en Viena, pero sin abandonar su docencia privada. En ese momento comienza ya a hablarse de una Escuela Vienesa del Derecho bajo el amparo intelectual de Kelsen. Resaltan como discípulos dentro de este grupo Alfred Verdross (ya mencionado líneas arriba) y Félix Kaufmann. A éstos deben agregarse la venida de estudiantes extranjeros impulsados a buscar al "hacedor de Constituciones", como venía siendo conocido Kelsen. Alf Ross, Julius Kraft, Luis Legaz y Lacambra, así como Luis Recaséns Siches, son algunos de los más conocidos.

El pluralismo de Kelsen le permitió a un tiempo, deslindar su responsabilidad académica de sus compromisos ideológicos. Ello le permitió abarcar un amplísimo círculo de relaciones en la Viena de los años veinte: Joseph Schumpeter, Ludwing von Mises (con quien fuera compañero de estudios secundarios), el músico Richard Strauss; de la

[5] Para profundizar estas opiniones puede consultarse como fuente: Gross, Leo, "Hans Kelsen. Editorial Comment", en *American Journal of International Law*, Washington, V, 67, n. 3, julio, 1973, pp. 491-501.

misma manera, guardaría estrecha vinculación con Otto Bauer, Max Adler y Karl Renner, quien le convocaría específicamente a la creación de la Constitución austriaca que se promulgaría finalmente en 1920.[6]

El retraimiento de las persecuciones judías, la reconstrucción económica y el gobierno socialdemócrata permitieron una etapa de ascendente productividad en Kelsen. En 1919, a raíz del deceso de su maestro Bernatzik, y con el apoyo de Menmitzel, Kelsen logra por fin habilitarse como profesor ordinario. En 1920 sale *Esencia y valor de la democracia* (que se verá ampliada en 1929), y de ese mismo periodo proviene *Socialismo y Estado* (1a. ed. en 1920 y reed. en 1923).

En 1922 se convierte en decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, lo que da oportunidad de testimoniar su tolerancia política al rehabilitar como profesores ordinarios a Max Adler y a su maestro Leo Strisower, en momentos en que se apreciaba el resurgimiento de los movimientos conservadores, esta vez bajo la dirección de los nacionalsocialistas que en su vertiente austriaca fueron dirigidos por hombres como Walter Pfrimer, Richard Steidle, y el príncipe Ernst Rüdiger Starhemberg, quienes procuraron por muy diversos medios buscar apoyos exteriores, principalmente en los fascistas italianos y con posterioridad, en el integracionismo hitleriano, para desalojar del poder a los socialdemócratas, quienes en su momento también priorizaron como vía para fortalecer su sobrevivencia, integrar a Austria dentro de la República de Weimar. En tales circunstancias, Kelsen contribuyó con estudios analíticos de las constituciones weimariana y austriaca para sopesar las ventajas y dificultades jurídicas involucradas en la integración. Todo ello en su calidad de miembro perpetuo del Tribunal Constitucional, designación recibida como reconocimiento al creador del mismo.[7]

Sin embargo, el gobierno social-cristiano que desplazará a la influencia de los demócratas socialistas como secuela de la caída de Weimar, trae como consecuencias inmediatas el ataque al Tribunal Constitucional y el fortalecimiento del Ejecutivo (1924); el incendio del Palacio de Justicia de Viena (1927) y la destrucción final del Tribunal

[6] El marco intelectual de este periodo y sus diferencias es revisado a profundidad por Giacomo Marramao: *Lo político y las transformaciones. Crítica del capitalismo e ideologías de la crisis entre los años 20 y 30*, México, S. XXI, Edit., 1982, 268 pp.

[7] *Vid*, Carsten, Francisco L., *op. cit.*, pp. 301-309.

de 1929, precio pagado por la socialdemocracia para sobrevivir como partido legal.[8]

De esta manera, Kelsen vuelve a verse involucrado en presiones que comienzan a pronosticar amenazas directas a su vida. Por ello decide abandonar Viena y acepta enrolarse como docente en la Universidad de Colonia en 1930.

En su estancia en Colonia, Kelsen se acerca de manera sistemática al estudio del derecho internacional, área que jamás abandonaría desde entonces. Al aceptar la cátedra, Kelsen se vio sometido a una condición jurídica peligrosa: perdía su nacionalidad austriaca y se obligaba a adquirir la alemana. Asimismo, la Universidad de Colonia absorbía los compromisos de antigüedad que tiempo después Hitler le negaría cuando Kelsen se trasladó a la Universidad alemana de Praga en 1936 (que al mismo tiempo le sirvió de pretexto para intentar alejarse del nazismo y le permitió renunciar a su ciudadanía germana para adquirir así la checa).[9]

Dentro del periodo de Colonia dirige los trabajos del Instituto de Derecho Internacional, labor que combina con salidas esporádicas para dictar cursos como profesor invitado del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, además de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, lo que le permitió entrar en contacto con el trabajo desarrollado por la Liga de las Naciones. Es importante destacar estas visitas dado que fueron estos centros quienes más lo apoyarían durante sus primeros años de exilio antes de trasladarse a los Estados Unidos.[10]

No obstante ser nombrado decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en 1932 (en cuyo desempeño confirmó su respeto al criterio por encima de las convicciones políticas al autorizar la habilitación como docente en esa institución de Carl Schmitt, ya reconocido como confeso pro-nazi), se le cesa con el pretexto de una concesión de licencia. Apela la decisión, pero le es denegado el recurso por no contar con el apoyo unánime del profesorado: Carl Schmitt se había negado a firmar. Este acto circunstancial alejó a Kelsen de Alemania y evitó que quedara atrapado. Sólo regresaría para llevarse a su mujer con el riesgo de

[8] Para situar el impacto de la caía de la República de Weimar, consúltese Klein, Claude, *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Ed. Península, 1970, 172 pp.

[9] *Vid.* Akzin, Benjamin, "Hans Kelsen. In Memoriam", en *The Israel Law Review* Jerusalén, v, 8, n. 3, July, 1973, pp. 325-329.

[10] Gross, Leo, *op. cit.*, pp. 493-494. También Métall Aladár, R., *op. cit.*, p. 65.

ser encarcelado, pero logra escapar gracias a la ayuda de un empleado migratorio.[11]

Exiliado de Alemania en 1933, hasta su llegada en 1936 a Praga, impartirá cursos en Suecia, Zurich y Ginebra en el ya citado Instituto de Altos Estudios, cuya oferta prefirió por encima de proposiciones hechas por gente como Harold Laski para incorporarse a la London School of Economics en Cambridge y también de la New School for Social Research, con sede en Nueva York. El producto principal de esos años lo constituye su *Teoría general del Estado,* editada en 1934. Su caso le permite acceder a los doctorados Honoris Causa de las universidades de Utrecht y Harvard. Kelsen se convertía en un modelo del libre pensador occidental que era defendido por la democracia organizada contra el totalitarismo fascista.

Su deseo de no emigrar de Europa le insta a aceptar en 1936 (por los motivos señalados con anterioridad) el puesto que le ofrecía la Universidad alemana de Praga, a quien impuso como única condición permitirle conservar sus cursos en Ginebra.

La estancia de Kelsen es desde un principio boicoteada, dado que allí también habían proliferado los sentimientos antijudaicos, no obstante que reinicia relaciones con Fritz Sauder, un discípulo nazi quien lo había acusado en la década de los veinte de plagio intelectual. Al observar como insostenible su situación, ofrece renunciar en 1937; se le disuade para no hacerlo, dado que ello representaría un golpe significativo para la sobrevivencia del ya endeble gobierno autónomo checo amenazado por Hitler.

Es en 1939 cuando en definitiva decide suspender su trabajo en Praga. Debido al inicio de la Segunda Guerra, opta por aceptar la invitación de trasladarse a Estados Unidos, donde llega en junio de 1940 como docente de la New School for Social Research.

En 1941 ingresa como profesor visitante a Harvard, en donde aspiraba a ocupar un puesto permanente. Sin embargo, como nos lo relata Leo Gross, la salida de su principal patrocinador Roscoe Pound, quien le había conseguido las cátedras Holmes (de donde se origina su obra *Derecho y paz en las relaciones internacionales*) y apoyos de la Fundación Rockefeller, así como las manifiestas preferencias para colocar a otros refugiados más vinculados al enfoque jurídico manejado por Harvard, impidieron en defintiva que Kelsen obtuviera tal puesto.[12]

[11] Esta anécdota interesantísima es recogida por Métall Aladár, p. 68.
[12] Gross, Leo, *op. cit.*, p. 495.

Es precisamente Roscoe Pound quien, en 1943, obtiene para Kelsen una primera invitación como profesor visitante en la Universidad de California en Berkeley, no precisamente como profesor de derecho, sino dentro del área de ciencias políticas de esa institución. Es hasta 1945 cuando consigue su nombramiento definitivo, situación que, al tiempo de aprovechar su experiencia en derecho internacional como asesor en materia de crímenes de guerra y territorios liberados en Washington, le permitiría obtener la ciudadanía americana.

Productos de su etapa americana, pueden citarse entre sus obras más significativas: *Sociedad y naturaleza* (1943); en donde explora los principios científicos y antropológicos de la organización social. Aparece también su *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), que se considera como su versión sumaria de las principales aportaciones hasta ese momento logradas dentro de su trayectoria jurídica.

A partir de ese momento, Kelsen pudo desarrollar una labor docente e intelectual que lo llevaría a aceptar toda clase de invitaciones para dictar cursos y conferencias alrededor del mundo al momento de su jubilación, que le fue concedida con excepcionalidad a los setenta años en 1952. Junto con algunos fondos concedidos por el gobierno austriaco, que lo reivindica públicamente desde 1947, Kelsen vivirá en forma muy modesta hasta el final de sus días, que culminan precisamente en Berkeley, en abril de 1973, a la edad de 91 años, cuando estaba en preparación de su *Teoría general de las normas.*

## III. Kelsen y América Latina

Uno de los éxitos de la teoría kelseniana en mucho se debe a la temprana difusión que de sus textos fue emprendida por gente como Luiz Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches (discípulos directos ambos), Carlos Cossío y Eduardo García Máynez. Todos ellos contribuyeron con las traducciones de sus libros, a una cabal difusión de su pensamiento. De ahí quizá que resulte explicativo por qué las tesis kelsenianas mantengan firmes partidarios en nuestro medio.

Pero esta relación no sólo permanece a través de terceras personas. La relativa cercanía de Kelsen, una vez instalado en los Estados Unidos, facilitó que éste visitase en épocas muy diversas América Latina.

Las visitas que Kelsen realizó fueron (hasta lo que conoce quien suscribe) a Buenos Aires, Argentina, entre julio y agosto de 1949, donde trató el tema de la "Teoría pura del derecho", la "Teoría ecológica y problemas del derecho internacional" (muchos materiales sobre

esos temas aparecieron durante ese año y los siguientes en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad de Buenos Aires, gracias a la gestión de Carlos Cossío). En ese mismo periodo también visitó Río de Janeiro, donde impartió conferencias en la Fundación "Getulio Vargas".

Kelsen por otra parte, visitó México para impartir cursos en la Facultad de Derecho de la UNAM, durante los meses de marzo-abril de 1960, fecha que coincidió con la aparición de su versión revisada de la *Teoría pura del derecho*. En esto cabe destacar que fue la cristalización de un esfuerzo que no había fructificado en el año de 1943, cuando la propia UNAM, a través de Eduardo García Márquez y Alfonso Noriega Jr., habían invitado a Kelsen para que impartiera en los meses de enero y febrero de aquel año, los "Cursos Extraordinarios Anuales de Invierno". Habiendo prometido y preparado sus conferencias,[13] Kelsen sufrió a última hora de una serie de problemas que imposibilitaron su venida a nuestro país. No obstante esto, su trabajo, dedicado a García Máynez, encontró un canal de publicación apropiado. Como dato final, cabe mencionar que en 1960, la Sociedad Mexicana de Filosofía propondría a Kelsen como candidato para recibir el Premio Nóbel de la Paz.

Rebasa los propósitos de este acercamiento, tratar de tocar algún tema específico del *corpus* teórico kelseniano. Sin embargo, vale decir que, a partir de Kelsen, problemas como el contenido y alcance de las normas jurídicas, la causalidad incorporada por el derecho sustantivo y el adjetivo para determinar los grados de obediencia a los que se obliga el Estado para respetar los principios básicos de una democracia actuante, entendida esta última como racionalización del poder y acceso irrestricto a la libertad que concilia intereses; además de considerar al derecho internacional como una extensión y complemento necesario de ser profundizado e integrado bajo los mismos principios de paz y orden que rigen en los ámbitos nacionales, sin implicar burdos sueños de una comunidad política inmóvil y vulnerable en sus soberanías, nos dan en perspectiva, la congruencia del reto hacia una crítica jurídico-política impresa en la bitácora del itinerante Hans Kelsen.

[13] Las dos conferencias aparecen con el título: *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1979, 166 pp. La edición original se editó en el n. 1 de la Serie Monografías de la Escuela Nal. de Jurisprudencia, México, UNAM, 1943.

# EL OTRO KELSEN

Óscar CORREAS *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los motivos fundamentales.* III. *Una antropología política.* IV. *Formas mentales y concepciones políticas.* V. *El otro Kelsen.*

## I. INTRODUCCIÓN

El propio Kelsen parece haberlo querido así. No otro que él mismo propició esta lamentable confusión de su pensamiento con el de un positivismo, apolítico a veces, apologético del Estado burgués otras veces. Porque es justamente en la primera frase del prólogo de 1934 al libro que lo convertiría en el jurista más importante del mundo moderno, cuando escribió lo que, para muchos, constituye el núcleo de su pensamiento. Ese prólogo comienza así:

> Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política. . .[1]

Con esto, Kelsen se convertía en ese gran jurista, pero también se convertía en un filósofo casi desconocido. De buena o de mala intención —tengo para mí que esto último—, la insistencia de Kelsen en la "pureza" permitió a muchos soslayar el conjunto de su pensamiento, convirtiéndolo en uno de los grandes pero casi desconocidos pensadores políticos del mundo contemporáneo.

En efecto, Kelsen comenzó su libro con esa declaración. Pero, ¿por qué tanta insistencia en crear una ciencia "pura" del derecho? Y en realidad, él mismo lo dice unos renglones más adelante: explicando el porqué de las violentas oposiciones "lindantes con el odio" a su propuesta científica, dice que no puede tratarse de una cuestión me-

* Universidad Autónoma de Puebla.

[1] H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (*TPD*), UNAM, 1982, p. 9.

todológica sobre el *status* de la ciencia jurídica: por el contrario, "se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política... de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho..." Con poco que se repare en ello, este texto, a sólo pocas líneas más adelante del anterior, por lo tanto tan fundador de su pensamiento como el otro, contesta a la pregunta ¿por qué quiere fundar esa ciencia "pura"? Por una razón claramente política: la ideología jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por "alguien" que no desea confesar que lo hace. La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación "científica" a cualquier poder.

Y esto también está en las palabras iniciales de Kelsen acerca de su obra. Sin embargo, parece pasar inadvertido para dejar lugar a la idea de que el centro de su pensamiento es "a-político", "metodológico" o "científico".[2] Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que él llamó *Teoría pura del derecho* como una teoría —una filosofía— de ninguna manera "pura", que, *por razones políticas*, intentó fundar una *ciencia* pura. Es decir, en este libro, donde se enuncia una teoría mal llamada "pura", lo que verdaderamente podemos encontrar, es una muy profunda, rica, densa, filosofía política, una reflexión acerca del derecho y el poder, y un intento, metodológico-científico, sí, de poner en su lugar a la jurisprudencia, que será así una ciencia que se limite a la descripción del derecho positivo, y que, no por ser tal ciencia del derecho tiene derecho a incluir subrepticiamente ninguna justificación de ningún Estado. Dicho de otro modo, lo que resulta "pura" es la ciencia, no la teoría que la funda.

Como no podía, por lo demás, ser de otra forma: la fundación de una ciencia no puede ser "científica": es siempre filosófica. Pretender

[2] La clásica interpretación de *TPD* me parece bien testimoniada en la presentación de Rolando Tamayo y Salmorán a la versión castellana de la segunda edición: "Si en la primera edición Kelsen formula los resultados de la teoría pura del derecho, en esta segunda edición Kelsen intenta resolver los problemas fundamentales de una teoría general del derecho de acuerdo con los principios de la pureza metódica del conocimiento jurídico tratando de determinar, en un mayor grado de antes, la posición de la ciencia del derecho en el sistema del conocimiento científico... En esta nueva edición se revela el intento de Kelsen de no hacer simplemente una tesis más sobre derecho positivo, sino que apunta más a realizar una contribución esencial a la teoría metódica de la ciencia del derecho".

fundar científicamente una ciencia es una petición de principios. Como lo dijo, por lo demás, el propio Kelsen.[3] Sólo algunos positivistas verdaderamente apologetas de la sociedad burguesa se han atrevido, sin ningún rubor, a intentar hacer creer que la ciencia no se funda en una filosofía. Y hay un género de "kelsenistas" que también suponen —o quieren hacer creer—, que una ciencia jurídica "pura" no se funda en una *filosofía* del derecho, o que una ciencia "a-política" no es política. Afortunadamente este género de positivistas apologéticos son contestados por otros positivistas no dispuestos a formar en las filas de los panegiristas del poder. Es un lamentable error, que no hace sino conspirar contra una cultura jurídica no apologética, confundir al positivismo con ciertos positivistas, y a Kelsen con ciertos kelsenistas.

El presente trabajo da por sentado que no es necesario argumentar más el hecho de que toda ciencia se funda en una filosofía. Por lo tanto, pretende explorar en esa filosofía kelseniana que funda la ciencia pura del derecho, de la que Kelsen nunca se ocupó. Porque de lo que realmente se ocupó, no fue de *hacer* ciencia jurídica, sino de fundarla: lo que hizo fue *filosofía política*. Y esto, que parece haber quedado oculto, es "el otro Kelsen": uno de los pensadores contemporáneos más interesantes y sugestivos.

## II. Los motivos fundamentales

Quizás su pensamiento más originario se resume en la idea de que el hombre es un ser que posee cierta "naturaleza humana" inmutable —o "mutable" pero en un futuro incierto— como han pensado desde siempre los filósofos del mundo occidental. Y esto lo convierte en un "jusnaturalista" y un "metafísico", si se quiere. En efecto, si por "jusnaturalismo" y "metafísica" hay que entender la creencia en ciertas características universales que comparten todos los hombres, Kelsen está dentro de este tipo de pensamiento. Pero, en realidad, esta convicción la comparten todos los filósofos, excepto aquellos que "no saben" o "no pueden saber" nada acerca de esencias de las que no tienen experiencia empírica. Sin duda Kelsen no está entre éstos.

Lo que sí es materia disputable entre quienes creen en una "naturaleza humana", es la característica de ella. Las notas o marcas del tal

[3] H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, p. VIII: "Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estreho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la filosofía".

"naturaleza" han sido vistas de distintas maneras, y es, por lo demás, un tema clásico de la filosofía occidental. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que si hay quienes pensaron que el hombre es "bueno" pero la sociedad lo corrompe, y otros que pensaron que el hombre es "malo", pero que la sociedad, represión mediante, le permite subsistir, Kelsen se encuentra entre estos últimos. Si calificáramos a los primeros de "optimistas" y a los segundos de "pesimistas", Kelsen estaría entre estos últimos; qué dirían de los otros que pecan de "ingenuidad".

En la línea de quienes han visto al hombre como un ser "naturalmente" —originariamente— pacífico, ingenuo, amigable, de espíritu comunitario, libre, están sin duda Rousseau, Marx y el cristianismo. Sólo una "caída", claramente histórica en los dos primeros —aparición de la propiedad en Rousseau y aparición del valor en Marx—, confusamente ahistórica y personal en el caso del cristianismo, hizo que el hombre pasara a un otro estadio donde impera la guerra, la corrupción y la maldad.

En la línea de quienes han pensado al hombre como un ser que, contradictoriamente, no puede subsistir aislado, pero al mismo tiempo no puede convivir sino conflictivamente, está, notoriamente, Hobbes. Y en esta línea hay que inscribir a Kelsen.

Hay un segundo parámetro, simplificador también, que permite ubicar a Kelsen. Están quienes han creído ver para el futuro del hombre una redención, como el cristianismo, Marx o los libertarios anarquistas, y quienes han creído ver que el hombre no tiene otro futuro que el Estado, como Rousseau, Hobbes o Hegel. Kelsen está entre estos últimos: es pesimista y de ninguna manera aceptó nunca la posibilidad de que desapareciera el derecho, o, más en general, la normatividad.

Otro parámetro simplificador es el siguiente: hay quienes han pensado que el Estado es un valor positivo, y quienes lo han visto como negativo, como un mal necesario en el mejor de los casos. Kelsen está entre estos últimos, junto a los anarquistas y los liberales radicales. Y les reprocha a los marxistas ser apologetas del Estado porque proponen que un tipo de Estado, el de la dictadura del proletariado, conducirá a la supresión de todo Estado y a la libertad: apología del Estado y utopía filosófica.

En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas y anticomunitarias. Pero también, en la misma línea, que el hombre puede ser

"educado", esto es, *reprimido*. Su conducta puede ser "controlada" socialmente, y eso es, precisamente, aquello en que consiste el derecho.

Pero, al mismo tiempo, la libertad, para Kelsen, es el valor humano supremo. Esta exigencia ética, enfrentada contradictoriamente con aquella antropología política fundamental, funda para Kelsen el valor ético-político mayor: la democracia. El hombre quiere ser libre, pero no puede subsistir sin el control social; su única esperanza, entonces, es la tolerancia democrática. Por eso es todo lo contrario de un apologeta del Estado, como se ha querido verlo: es un constante denunciador, un crítico del poder. De *todo* poder. Pero es también todo lo contrario de un ingenuo: siempre será necesario reprimir las pulsiones antisociales originarias, aun cuando se lograran suprimir las infames injusticias del capitalismo. Frente a la violencia y el egoísmo originario, la normatividad; frente al editor de las normas, la democracia.

La democracia, así, se constituye en el valor fundamental. Si la libertad es la aspiración ideal, la democracia es su posibilidad histórica. La conjunción entre naturaleza y valor, entre el originario fondo de la violencia y la exigencia racional de la normatividad. Pero con un detalle: la aspiración libertaria exige que la represión del originario natural tenga características específicamente humanas que no son sino el consenso. No se trata como en la técnica, de que, al favor de la ciencia, pueda torcerse, dominarse, reprimirse, la naturaleza, violentamente si es necesario. Tratándose del hombre, la dominación de su naturaleza debe ser, digamos "racional"; esto es, *consentida;* con la adhesión del dominado. A quienes ejercen el poder, porque siempre hay unos "quienes" aunque a veces no sean tan visibles, Kelsen ha querido quitarles una justificación "científica": no hay ninguna ciencia, pero mucho menos la que estudia las normas, que pueda justificar el poder. Quien lo ejerza tiene que confesar que el *sentido* dado a las conductas a través del acto de su voluntad que constituye la norma, no tiene ningún asidero natural. Lo más que puede reconocerse es que, "por naturaleza", es necesario algún sentido, algún contenido normativo. Pero ninguno en especial. Incluso las normas que establecen técnicas democráticas deben ser argumentadas, discutidas y aceptadas. Cuando Kelsen argumenta en favor de la democracia, no lo hace como científico o "puro", sino como filósofo. Y esto no quiere decir otra cosa que quien da el sentido no debe buscar su justificación sino en el convencimiento del súbdito. Quien tenga el poder, parece decir Kelsen, confiese su arbitrariedad y busque su legitimación en el consenso; jamás en la ciencia o en la naturaleza. Que es

aquello en que consiste la política, agreguemos nosotros: en la disputa del consenso.

Pero, este Kelsen, ¿aparece en sus textos?

## III. Una antropología política

Posiblemente sea una redundancia. Posiblemente ambas palabras dicen lo mismo. Posiblemente no hay filosofía política que no sea antropología ni antropología que no sea política; y seguramente no la hay al margen de una filosofía del derecho. Y Kelsen es el mejor ejemplo de ello.

Tal vez desde sus más tempranos textos, pero seguramente mucho antes de que pensara en esa suerte de resumen de su pensamiento anterior que es la segunda *Teoría pura del derecho,* Kelsen buscó al hombre "originario", sintiéndose fuertemente atraído por la visión del mundo de los pueblos primitivos. La diferencia entre imputación y causalidad, entre naturaleza y sociedad, le pareció siempre que poseía la respuesta a la pregunta fundamental sobre el hombre originario y su posterior desarrollo histórico.

En primer lugar, nunca dudó de que la explicación de la ideología está en las relaciones sociales. Sin embargo, tampoco dudó de que hay ingredientes individuales aun anteriores a la sociedad. No en el sentido de que hubiera habido hombres anteriores a toda sociedad —todos nacen en una sociedad preexistente, o sea en un orden o sistema normativo, dice contra Rousseau—, sino en el sentido de lo que llamó a veces "temores" y "deseos", seguramente con reminiscencias freudianas. La explicación de la normatividad debe ser buscada en la conjunción de sociedad e inconsciente. Veamos algunos textos.

### 1. *Libertad e igualdad*

> Libertà ed eguaglianza, infatti, sono le idee fondamentali della democrazia e i due instinti primitivi dell'uomo como essere sociale, desiderio di libertà e senso di iguaglianza, sono quindi alla basse di essa.[4]

[4] H. Kelsen, "Democrazia e filosofia", en *I fondamenti delle democrazia,* Bolonia, Ed. Il Mulino, 1970, p. 150. (Versión italiana de "Fondations of democracy", en *Ethics,* LXVI, años 1955 y 1956).

A su vez, libertad e igualdad son "reacciones" frente a la coerción insita en toda sociedad:

> Si trata prima di tutto, di una reazione alla coercizione insita in ogni specie di realtà sociale, di una protesta contro una voluntà estranea cui la propia dovrebbe sottometersi, di una resistenza all'ordine, al disagio creato dall'eteronomia; è la stessa natura che, in cerca di libertà, si ribella alla società *(idem)*.

Esta contestación "natural" de todo poder social, hace pie en deseos y temores individuales.

> L'uomo sente il peso di una voluntà estranea impostagli come ordinamento sociale, volontà che è tanto più insopportabile quanto più la coscienza del propio valore respinge la pretesa di chiunge altro a rapprasantare e un valore più alto *(idem)*.

> Es la misma naturaleza la que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad. El peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer...[5]

Hay, por lo tanto, en el origen de lo social, un elemento individual. Una afirmación del yo frente a lo otro que tiene carácter de rechazo de la pretensión de dominarlo.

> Quanto più elementare è il suo sentimento verso colui che pretende di essergli superiore, tanto più l'uomo tende a demandarsi: è un uomo come me; siamo equali; da che deriva il suo diritto a dominarmi? [6]

El peso del poder extraño sobre el yo, es tanto más abrumador cuanto más se manifiesta la conciencia del propio valer:

> al rechazar la superioridad de los demás, y mientras más profundamente alientan contra el señor o el imperante los sentimientos de los súbditos: "él es un hombre como yo, y todos somos iguales. ¿De dónde emana su derecho a mandarme?" [7]

[5] H. Kelsen, "Esencia y valor de la democracia", en *idem*, México, Editora Nacional, 1974, p. 15. (Versión castellana del original alemán de 1920.)
[6] H. K., "Democrazia...", p. 150.
[7] *Idem*, nota 5.

Desde luego, es totalmente disputable la idea kelseniana de que el sentimiento de igualdad sea un dato "natural". Sólo estamos viendo aquí los fundamentos filosóficos de su pensamiento político, y en última instancia, las razones que lo condujeron a intentar formular una ciencia del derecho "pura".

Entre libertad e igualdad hay una relación de parentesco: "Così l'idea negativa di uguaglianza sostiene l'idea altrettanto negativa di libertà".[8]

Es decir, se trata de ideas "negativas", de resistencia, ancladas en el "espíritu humano":

> La importancia inmensa, casi inconcebible, que posee la idea de libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano, y en aquel instinto primitivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad.[9]

"Sentimientos" e "instintos"; he aquí las palabras usadas por Kelsen a la hora de fundamentar su filosofía política. También los "temores" y los "deseos": "Le idee dell'uomo in relazione a ciò che deve essere e a ciò que debe essere fatto hanno la loro origine, como ho già accenatto, nei suoi desideri e timori".[10]

## 2. *La imperfección humana. La maldad*

Ahora bien, en estos textos sobre la democracia que hemos repasado, la igualdad y la libertal, aun como *sentimientos* antiestatales, aparecen cargados de un sentido positivo; precisamente porque se trata de fundar la democracia. Pero en otros textos donde la cuestión es otra, donde de lo que se trata es de polemizar contra los totalitarismos, estos datos "primitivos" del hombre, aparecen cargados de sentido negativo; porque en estos casos de lo que se trata es de combatir las *utopías*, que se fundan en la idea del hombre originariamente "bueno":

> ...la idea del derecho natural presupone evidentemente que tal diferencia de opiniones, es decir, un litigio entre el pretensor y el obli-

[8] H. K., "Democrazia...", *cit.*, p. 150.
[9] H. K., "Esencia...", *cit.* p. 18.
[10] H. K., "Democrazia...", *cit.* p. 152.

gado, es cosa excluida; y este supuesto se da bajo la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y voluntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado; en una palabra, que son perfectas... *Precisamente en tal idea y no en ninguna otra cosa es donde reside la esencia de toda utopía.* Si se abandona este supuesto como contradictorio con la experiencia... el abandono de la utopía de los hombres sabios y buenos, significa... un nuevo paso hacia la positividad.[11]

Y más adelante:

Esta posibilidad de una contradicción del grado individual de la ordenación jurídica con el grado general, igualmente fatal cuando se trata de la realización del derecho positivo como del derecho natural, encuentra su razón ineliminable en la insuficiencia del hombre, que puede ser equivocado y malo (p. 39).

Pero es principalmente en su crítica a la utopía marxista de la desaparición del Estado, donde Kelsen muestra el lado negativo de la naturaleza humana.

...esta ceguera de una teoría social, que ve todo únicamente en la pantalla gris de lo económico, consiste en el hecho de que, para explicar las relaciones externas, no recurre a la naturaleza espiritual del hombre, sino por el contrario, hace responsable a las relaciones externas y a las relaciones de producción de la inadaptación de esta naturaleza. El capitalismo malvado hace malo al hombre, lo vuelve delincuente, una persona socialmente dañina; esto es lo que enseña el marxismo. Sólo que tal vez, el capitalismo sólo es posible porque este sistema reprobable de explotación corresponde sin embargo en cierto modo a la naturaleza del hombre, porque existe en el hombre un impulso irresistible a hacer que los demás trabajen para uno, o más bien, en términos generales, a utilizar a los demás hombres como medio para los propios fines... La confianza de una comunidad solidaria, en la que todos tienen *una sola* y, en consecuencia, *buena* voluntad, se basa o en el desconocimiento de la naturaleza humana o en la confianza en la posibilidad de su cambio radical.[12]

[11] H. Kelsen, "La idea del derecho natural", en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* México, Editora Nacional, 1974, p. 37.

[12] H. Kelsen, *Socialismo y Estado,* México, Siglo XXI Editores, 1982, p. 275.

Y sobre la posibilidad de un cambio en la naturaleza humana, en la nota 102 de la página siguiente dice:

> No se puede afirmar por cierto que la naturaleza humana sea simplemente inmutable. Pero nadie puede decir de qué manera se transformará... Y por esta razón —si no se quiere caer en fantasías utopistas— es necesario contar, por el momento, con la naturaleza humana que conocemos. Debe aceptarse ciertamente que la criminalidad *actual* que en gran parte —¡aunque no del todo!— se deriva de la necesidad económica, desaparecerá en una sociedad comunista. Pero ante un "ordenamiento social fundamentalmente distinto ..." (cita aquí palabras de Max Adler, O. C.) surgirá precisamente una "criminalidad" completamente distinta, prescindiendo completamente del hecho de que la causa de numerosos delitos se encuentra en circunstancias que ni siquiera el ordenamiento comunista eliminará, como por ejemplo, los delitos de celos, de ambición, los delitos con fondo sexual, etc... Yo sólo digo que una realización a-estatal del socialismo es imposible si se toma en cuenta la naturaleza humana que conocemos, y no he dicho ninguna palabra que ponga en duda la posibilidad de la teoría económica del socialismo. Es más, creo directamente que sólo se le presta un buen servicio al socialismo cuando se lo libra de la esperanza utopista de una sociedad anarquista-solidaria, en la que todos los hombres sean un pueblo de hermanos.

Ahora, en la crítica del marxismo, el instinto natural de libertad y afirmación del yo aparece como la cuestión de la propiedad:

> Es ciertamente una miopía presumir... que el instinto de propiedad ha sido producido *artificialmente* por el ordenamiento económico capitalista. En este caso se trata seguramente de un instinto elemental del hombre, y no de una consecuencia, sino por el contrario de una condición previa, de un fundamento espiritual del ordenamiento económico capitalista. Esto no puede ser de hecho una justificación de la propiedad privada o directamente del ordenamiento económico del capitalismo.[13]

Y seguidamente, una idea más general: sólo la coerción puede zanjar la oposición entre individuo y sociedad:

[13] H. K., *Socialismo y Estado*, *cit.* p. 301.

> Todas las civilizaciones progresan sólo en la lucha, en la remoción o limitación de los instintos humanos. Pero este reconocimiento hace inevitable la conclusión de que sólo un ordenamiento *constructivo* hace posible una condición social en la que hay poca cabida para un instinto original del hombre... *(idem)*.

### 3. *La búsqueda de la felicidad*

Como se ve. en los textos en que defiende la democracia, el hombre natural tiende a la libertad, mientras que en aquellos en que ataca los totalitarismos, el hombre natural es "malo" en el origen. Pero en ambos casos, está enfrentado al Estado, esto es, a la coerción generada por la sociedad. En ambos casos, el individuo se opone a la sociedad como yo frente al otro social. Sólo que en el primer caso para fundar la democracia y en el otro para fundar la coerción social. Aunque con poco que se piense, en ambos casos se trata de la coerción que permite la vida social. Y esto, porque en el hombre el "...anhelo de justicia es el eterno anhelo humano por la felicidad, la felicidad que el hombre aislado no puede hallar y que por eso la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social".[14]

He aquí otro dato natural que funda al Estado:

> Resulta evidente que no puede haber un orden "justo" mientras el concepto de felicidad sea entendido en su sentido original restringido de felicidad individual, cualquiera sea el modo como la conciba el individuo. Porque entonces se hace inevitable que la felicidad de uno pueda, en algún momento, ser incompatible con la de otro... La felicidad que un orden social puede asegurar, sólo puede ser felicidad en el sentido colectivo... *(idem)*.

Este dato natural "felicidad", que sólo puede alcanzarse socialmente, aparece en los textos sobre la democracia, como el problema de que para seguir siendo libres e iguales, es necesario un Estado: "Del supuesto de nuestra igualdad —ideal— puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno".[15]

[14] H. Kelsen, "La justicia platónica", en *La idea...*, *cit.* p. 210.
[15] H. K., "Esencia...", *cit.* p. 16.

4. *La democracia*

Ahora bien, este dominio necesario debe tener ciertas características para que pueda decirse de él que es conforme a la naturaleza humana, conforme con el anhelo de felicidad, que sólo se consigue en sociedad, pero a la vez conforme con el anhelo de libertad. A desarrollar esta idea está dedicado el texto denominado "Esencia y valor de la democracia", que con reminiscencias hegelianas y marxistas, constituye uno de los más bellos y contundentes panegíricos de la democracia moderna.[16]

Y digo que con reminiscencias hegelianas y marxistas, porque el tipo de razonamiento es típicamente dialéctico.

1º El paso de la libertad natural a la libertad política

> Si la sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio ...y por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en la libertad social y política (p. 16).

Al mismo tiempo, hace aparecer aquí la diferencia entre naturaleza y sociedad, que es otro de los motivos fundamentales de su pensamiento filosófico:

> A la *ley de causalidad* se contrapone la *norma*. Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la sociedad, la negación de las leyes naturales. El "retorno a la naturaleza" (o la "libertad natural") sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea a la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales (p.17).

El paso de lo natural a lo social es mostrado también como una *desnaturalización*:

> El paso de la formación germánica a la llamada idea clásica del problema de la libertad es sólo el primer peldaño de aquel inevitable proceso de transformación, de aquella desnaturalización a que está

[16] *Idem.*

sujeto el instinto primitivo de libertad en el camino que recorre la conciencia humana desde el estado de naturaleza al estado de orden político coactivo (p. 18).

2º De la libertad política —autogobierno—, al gobierno de la mayoría

La libertad natural, trastocada en libertad política, significa el autogobierno. La idea de la libertad

> ...solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Y sin embargo, este pensamiento de libertad, por un fenómeno casi misterioso de autogestión se trueca en el mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro de la sociedad. La libertad de la *anarquía* se transforma en libertad de la *democracia* (p. 18).

Esta *posición* del individuo en la sociedad es la posición de quien se autogobierna. Ello implicaría entonces la *unanimidad*; pero como ello no es posible "dada la comprobada diversidad de los intereses", entonces resulta que el autogobierno se trueca, en este viaje de la idealidad a la realidad, de la naturaleza al Estado, en gobierno de la mayoría. El orden, creado por unanimidad, es regenteado por mayoría.

> En cuanto la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interpreta como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría (p. 21).

Así es como el principio del gobierno de las mayorías se deriva de la libertad y no de la igualdad:

> La sola idea de que, si no todos, sean libres el mayor número posible de hombres, es decir, el menor número de ellos tenga una voluntad opuesta a la voluntad general del orden social, conduce, de un modo lógico, al principio de la mayoría (p. 23).

3º Del gobierno de la mayoría a la desaparición del individuo

> La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativo de la no sumisión del individuo a la autoridad del Estado, a concebirse como una cooperación del individuo en ésta, refleja el tránsito del liberalismo a la democracia (p. 24).

Ya estamos en la democracia, que consistiría en la participación del dominio en la dominación. Sin embargo, existe una "inevitable discrepancia entre la voluntad individual" y el Estado, cuya "voluntad" prevalece, aun en la democracia, sobre la primera. La democracia, así, es compatible incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual (p. 24).

Esta desaparición del individuo corre pareja con la despersonalización del poder.

> La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático. La personificación del Estado... tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia (p. 26).

La libertad del individuo, trastocada en libertad del ciudadano, desaparece tras la idea de la libertad del Estado, de la colectividad, por una suerte de desenvolvimiento "automático" que este concepto —libertad— "recorre a impulso de su lógica inmanente" (p. 27). Éste es el último grado en la metamorfosis de la idea de libertad: "el lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo" (p. 27).

Obsérvese en lo dicho hasta aquí, que para Kelsen, panegirista de la democracia, en un escrito tendiente a fundarla y defenderla, de todos modos resulta la democracia una "desnaturalización" y una forma de subrayar la libertad del hombre. No hay ni una gota de concesión: el Estado, aun el democrático, es lo contrario al anhelo natural de libertad. Aunque sea necesario para convivencia. Será necesario; pero es un mal.

4º Del pueblo a los partidos

El pueblo, que ha ocupado ahora el lugar de la libertad, tampoco existe como unidad. Por lo tanto, el Estado nunca puede hablar por

el pueblo. Porque éste sólo existe como conjunto de individuos, pero son todos los miembros del pueblo los que participan en la formación de la voluntad estatal. Los niños, los ancianos, los enfermos, y antes las mujeres como aun antes los esclavos, no tienen participación. Esta es la primera metamorfosis de la idea de pueblo.

La segunda consiste en que los ciudadanos están agrupados en sectores y clases enfrentados entre sí por intereses de distinta naturaleza. Y si esto es así, la única manera de que "el pueblo" pueda participar en la formación de la voluntad del Estado, es su distribución en partidos políticos. Y aquí Kelsen se enfrasca en una prolongada defensa de los partidos políticos, contra otros teóricos que, por lo visto, entonces eran los mismos de ahora: los defensores de las formas corporativas de gestión. Se adivina aquí su lucha contra el marxismo, y sus argumentos son los mismos que defendemos los demócratas latinoamericanos contra nuestros sempiternos fascistas.

En este punto, vale la pena detenerse para analizar un texto que, junto con tantísimos otros, abonan la hipótesis de este trabajo: la teoría pura del derecho es una filosofía política y no un rechazo de la política. Dice Kelsen:

> Triepel ha reprochado en ocasiones a mi *Reine Rechtslehre* (Doctrina del derecho puro) su formalismo, contraponiendo a ella una doctrina de derecho estatal, "más acomodada a la vida" que se propone "relacionar íntimamente las normas de derecho estatal con las fuerzas políticas" que las crean y elaboran... (p. 41).[17]

Este párrafo termina así: "...semejante método pretende aislar el derecho político de la política..."

Obsérvese: Kelsen dice que quienes quieren aislar el derecho de lo político son sus adversarios; no él. Y sus adversarios son los nazis —pero también los marxistas, a quienes, en esta cuestión, Kelsen identifica con aquéllos— que sostienen lo que para Kelsen es *jusnaturalismo*. ¿Por qué lo dice? Es fácil verlo, si se tiene buena voluntad; los jusnaturalistas dicen que es derecho sólo el que responde a alguna forma de esencia que se propone como justa. Así los nazis, para quienes es justo lo que se compagina con la raza, el espíritu del pueblo, etcétera. Este jusnaturalismo enfrenta a la teoría pura que dice que

[17] Sin ánimo de provocar: si no hubiéramos dicho que aquí Kelsen está peleando contra el nazismo, si no apareciera en la cita el nombre de su contrincante teórico ¿no parecería éste un reproche a Kelsen proveniente de cierto marxismo?

cualquier contenido puede ser derecho. Esto es calificado de "formalismo". Y se enfrenta a esto una ideología según la cual el derecho debe "acomodarse a la vida". Pero "la vida" —o cualquier otra cosa— resulta ser lo que *algunos* dicen que debe ser. Y eso que, subjetivamente, califican como justo, lo elevan a categoría absoluta que *no se puede discutir*. Es decir, ¡expulsan la política de la discusión sobre el derecho! ¿Por qué la expulsan? Por eso: por sustraer el derecho a la discusión política, donde lo que vale es el convencer a los otros de que lo que proponemos es justo. En cambio los jusnaturalistas no aceptan esa discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría "pura" permite discutir, políticamente, el contenido del derecho. Precisamente porque separan la forma del contenido. Claro está, esa discusión no será "científica" según Kelsen; esa discusión será *política*-ética, filosófica. Kelsen parece decir: salgámonos del campo de la ciencia. Pongámonos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política: confrontemos nuestras ideas de justicia, todas las cuales tienen el mismo derecho a existir, y ganemos el consenso de nuestros conciudadanos. Y respetemos el resultado. Eso *se llama democracia*.

La teoría pura del derecho es una defensa de la democracia. ¿Hay algo más "político" que eso? Lo dice Kelsen, en la misma página:

> Temo que la doctrina del derecho estatal de Triepel... padece de un formalismo mucho más distanciado de la vida que la doctrina del derecho puro, pues ésta sólo pretende ser una teoría del derecho positivo, y seguramente será siendo útil aun cuando adopte un contenido no ajustado a criterios teóricos. Precisamente lo que motiva su "pureza" es que prefiere ser tachada de formalista —aunque inmerecidamente y sin que Triepel justifique ese reproche—, antes de consentir en ceñirse a una "vida" que le sea políticamente simpática y de tratar de poner las normas del derecho estatal en estrecha concordancia solamente con aquellas "fuerzas políticas" que subjetivamente considere estimable (p. 41).

5º De los partidos políticos al principio de la mayoría

Los partidos políticos actúan en un parlamento, que es el encargado de decir la voluntad estatal. Pero como el Parlamento lo forman los diputados de los partidos, la manera de formar esa voluntad, más cercana a la idea de la participación del gobernado, es el respeto al principio según el cual la voluntad del Parlamento está formada por la

opinión de las mayorías. El parlamentarismo es una *técnica* social, la que más aproximadamente, cree Kelsen, pero también todos los demócratas del mundo, respeta el anhelo natural de libertad.

Ha sido un viaje, éste, desde la naturaleza humana hasta una *técnica* social —eso es el derecho, una técnica social— que permite la mejor manera de convivir políticamente de acuerdo con esa naturaleza humana. Se trata, pues, de una fundamentación jusnaturalista de la democracia. Jusnaturalista en el sentido de que la democracia es un *contenido* de normas ajustado, "lo más posible", a la naturaleza humana. Y esto no es otra cosa que *filosofía política*, o, tal vez, como dijimos al principio, una *antropología política*.

## IV. Formas mentales y concepciones políticas

En su defensa de la democracia, Kelsen ha llegado aún más lejos hurgando en lo más recóndito del alma humana, por más que eso pueda causar escozor a algunos kelsenistas que quisieran verlo únicamente hablar de la estructura de la norma jurídica. En estos escritos, Kelsen está siempre luchando, desde su trinchera de filósofo, jurista y sociólogo, contra sus jurados enemigos: los nazis. (Aunque, habrá siempre que repetirlo, Kelsen equipara con los nazis, a los que hoy llamamos stalinistas, y que él llama marxistas-leninistas o comunistas).

En esta búsqueda de explicar y combatir el totalitarismo, se encuentran textos ciertamente extremos.

> Estas dos nociones (se refiere a dos nociones griegas: *psykhe* y *thymos*, O. C.) son los productos de dos tendencias diferentes del espíritu humano... la tendencia intelectualista y racional que se manifiesta en el pensamiento cognitivo por una parte, y por la otra, el componente emocional que tiene su fuente en la voluntad y en la vida afectiva.[18]

Ni más ni menos: hay un espíritu que tiene tendencias dispares; una produce el conocimiento, la otra la "emoción". Pero hay más:

> La primera de estas tendencias desemboca en la noción de un mundo exterior enteramente independiente de nuestros deseos y temores, de una naturaleza regida solamente por las leyes de la causalidad objetiva (*idem*).

[18] H. Kelsen, "El alma y el derecho", en este mismo volumen.

Ésta es la "tendencia" a la ciencia; la tendencia racional. Pero también, como veremos, la "democrática".

> Por el contrario, la otra tendencia engendra un conjunto de nociones cuya verdadera función no es de ningún modo la de dar una explicación del mundo ni la de satisfacer nuestra curiosidad científica, sino que cumplen un papel muy diferente; esta tendencia engendra la representación de lo que, por un lado, es útil y deseable, pero que por el otro es nocivo y terrible... de lo que es moralmente bueno o malo (*idem*).

En esta "tendencia" intentará Kelsen buscar la explicación de la existencia de esos insólitos personajes que son los jusnaturalistas, los totalitarios, los amantes de los caudillos, de las insignias, de los sumos sacerdotes. Para Kelsen, la democracia es razón y el nazismo emoción.

> Mientras que la tendencia racionalista del espíritu alcanza a la noción de la naturaleza regida por la ley de la causalidad, la tendencia emocional produce por su parte la noción de una naturaleza regida por leyes morales o normas (*idem*).

Una sociedad regida por normas es la fuente originaria del jusnaturalismo que ve en la naturaleza la fuente de las normas. Y después de todo, quienes ven en la raza la fuente de la justicia, ¿no buscan las normas en la naturaleza?

Kelsen tilda de primitivas estas concepciones surgidas de la emotividad; primitivas en el sentido de ser propias del hombre primitivo. Y ve como progreso el desarrollo histórico de la otra tendencia. (En esto Kelsen es muy europeocentrista, aunque por otra parte, con reminiscencias de Nietzsche, combate las ideas del orden y la razón occidental.) Pero, ve también que

> la tendencia ya desarrollada hacia el conocimiento racional del universo es todavía hoy, en el hombre medio de la civilización moderna, mucho más débil que la tendencia afectiva que le empuja a establecer juicios de valor, a buscar en los intereses colectivos la justificación de sus intereses individuales (*idem*).

Siempre presente el defensor de la libertad individual, califica de primitivismo la búsqueda de la supremacía de lo colectivo sobre lo

personal. Y este primitivismo, aún hoy campeante, es lo que permite la existencia de los totalitarismos contemporáneos.

Estas dictaduras contemporáneas pueden existir porque hay un tipo de hombres que tienen cierto "carácter" que los hace amar la autocracia.

> La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de Estado (se refiere a la autocracia, O. C.) que corresponde, en el sentido caracterológico, al tipo de personas que posee una muy acentuada conciencia de sí misma.[19]

En cambio, el carácter del hombre que ama la democracia, es el de

> aquella persona en quien la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás... Es el tipo de personalidad... el tipo de hombre que, al mirar hacia el otro, oye una voz dentro de sí que le dice: ése eres tú... experimenta al otro... como un igual y un amigo, y no se siente único, sin comparación y sin igual (*idem*).

Ya vimos antes cómo la democracia nace de ver en el otro al igual. En cambio, la dictadura nace de "La incapacidad o el rechazo del reconocimiento del tú, como semejante al yo originariamente experimentado" (*idem*).

Para esta personalidad "tampoco pueden la libertad y la paz figurar como valores políticos para ella, por su poderosa tendencia a la agresión y su intenso afán de poder" (*idem*).

Bien; pero ésa es la personalidad del que manda. Ahora ¿cuál es la del que ama ser mandado?

> Una de las formas características de potenciar la conciencia de sí mismo es que el sujeto se identifique con su super ego o ego ideal, y que el dictador revestido de poder irrestricto represente para él el ego ideal. No se trata en modo alguno de una contradicción y —psicológicamente hablando— no es sino lógico que precisamente este tipo de persona sea la más ávida de una estricta disciplina y una obediencia ciega, y que encuentre su felicidad tanto en obedecer órdenes como en darlas (*idem*).

[19] H. Kelsen, "Forma de Estado y visión del mundo", en este mismo volumen.

Nuevamente las tendencias originarias de la racionalidad y la emotividad desbordada.

> En la autocracia no hay oposición tolerable; en ella no hay discusión ni solución de compromiso, sino decretos... el primado del querer sobre el conocer tiene como consecuencia que sólo lo que es bueno puede darse por verdadero; pero nadie, sino la autoridad del Estado decide lo que es bueno (*idem*).

Por el contrario, la democracia es racionalidad:

> El principio vital de toda democracia, por lo tanto, no es, como se ha supuesto a veces, la libertad económica del liberalismo, porque puede darse tanto en una democracia socialista como en una liberal, sino más bien la libertad religiosa y de conciencia, el principio de tolerancia y, más especialmente, la libertad de la ciencia, conjugada con la creencia en su posible objetividad (*idem*).

Por eso, por su racionalidad, la democracia se basa en el derecho:

> ...el racionalismo de la democracia se muestra con particular claridad en el empeño por establecer el orden gubernamental como un sistema de normas generales preferentemente secretas (*ibidem*).

No en vano la primera rebelión democrática de que tenemos conocimiento en el mundo occidental, que terminó precisamente con las leyes de Solón, tuvo como objetivo escribir y publicar las normas que anteriormente eran secretas y estaban en el exclusivo conocimiento de los nobles. En cambio, la autocracia abomina el derecho que coarta su arbitrariedad.

> La autocracia desdeña tales racionalizaciones del orden común. Evita siempre que puede el vínculo entre el gobernante y sus asistentes. El acto concreto del Estado se considera no como la ejecución previamente calculada de una ley que ya lo tenía previsto, sino como la creación libre e intuitiva del gobernante. Una de las máximas fundamentales de la autocracia es garantizar el aparato gubernamental... la más amplia libertad de discreción... Si llegan a promulgarse leyes, el gobernante posee la prerrogativa ilimitada de hacer todas las excepciones que le parezca... (*ibidem*).

No deja Kelsen de llamar la atención acerca de un tema de gran actualidad en el pensamiento político, como es la observación de que el poder se rodea de elementos místicos e irracionales, que han dado en llamarse hoy "el imaginario social".[20] Es sobre todo la dictadura la que recurre a tales formas de manipulación.

> Generalmente, en la democracia, el trasfondo racionalista y crítico está vinculado a una cierta hostilidad, o desagrado, por la ideología, mientras que la autocracia pone el mayor empeño en rodearse de ideologías místico-religiosas particulares, y de hecho actúa con mucho más severidad contra los intentos de intromisión con estas ideas, soporte de poder, que contra los ataques a sus intereses inmediatos de gobierno. La batalla en la que la democracia se impone a la autocracia es, en gran medida, dirigida por el llamamiento a la razón crítica como tribunal supremo contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma humana (*ibidem*).

Piénsese, en efecto, en esos boatos que nos parecen tan ridículos a los demócratas, como el casi patológico gusto por las insignias de diseños estrafalarios, por cierto color de camisas, tan propios de nuestros fascistas criollos; o en el insoportable uniforme de los militares que atrae tanto a ciertos caracteres; o el ridículo disfraz de obispos y cardenales que es tan insólitamente imponente para algunos; ¿cómo no recordar a este Kelsen que, antes que Foucault y Lacanes destacó que sin tener en cuenta estas recónditas hoquedades del espíritu humano, no habría ninguna explicación para el amor al poder?

Esta dicotomía originaria entre ciencia y ética, tendencia cognitiva y tendencia emocional, democracia y totalitarismo, relativismo y metafísica, aparece también como la cuestión de la concepción del individuo frente a la masa. Kelsen rechaza toda forma de hipótesis consistente en atribuir algo así como un "alma" a las masas, y recurre a Freud para explicar los fenómenos de caudillaje en los que, como acabamos de ver, encuentra bases para el desarrollo del totalitarismo. Nuevamente combate a quienes, a través de estas hipótesis, en el fondo, no hacen sino justificar estas formas de poder antidemocráticas.

> ...el análisis psicológico de Freud ha suministrado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus ele-

[20] Véase Enrique Mari, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Doxa*, nº 3, pp. 93 y ss.

mentos psicológicos individuales las hipótesis revestidas con toda la magia de las palabras antiguas, Dios, la sociedad y el Estado.[21]

Lo que Kelsen defiende es la inexistencia de poderes por encima del hombre, tales como Dios, la sociedad o el Estado. Éstas no son otra cosa que creaciones humanas, de esta parte irracional y emotiva del alma, que tan bien manipulan los dominadores. Pero la razón, la ciencia, la democracia, pueden combatir eficazmente estos mitos alienadores de la libertad humana.

Y quienes postulan la existencia de "masas" por encima o más allá de los individuos contribuyen a fomentar estas ideologías místico-religiosas.

No es que haya grupos o clases sociales. Sólo que no son entidades; entidades son sólo los individuos. Y si el individuo llega a disolverse en la masa, al punto de gritar o aplaudir desaforadamente a un conductor carismático, que puede no ser otra cosa que un dictador y un asesino, es porque algo en el individuo, en su naturaleza recóndita, lo ha llevado a ese estado de exaltación o locura. Conocer el mecanismo es, pues, una forma de evitar la repetición de tales procesos políticos que luego los individuos son los primeros en lamentar.

Y aquí aparece Freud en el horizonte intelectual de Kelsen, mucho más allá del limitado círculo de pureza en que se mueven la mayoría de los kelsenistas. La autoridad del padre es un dato *natural*. El hombre es, originariamente, un animal de horda, con esta tendencia a la aceptación de un jefe. Pero esta aceptación de un padre tiene su origen en la sustitución que el psicoanálisis "ha comprobado", dice Kelsen, haciendo fe de las propuestas freudianas, de las tendencias sexuales por otro ideal del yo. Una masa es un conjunto de individuos que han sustituido a su ideal del yo por el ideal de la masa, personificado por el conductor, y por consiguiente se han identificado entre sí (*ibidem*). Esta "masificación" es calificada de regreso al primitivismo, mientras que lo democrático sería, conforme a lo que hemos visto antes, una "desnaturalización", ahora en el sentido de una progresiva racionalización, que permitiría pensar en un futuro sin caudillos.

[21] H. Kelsen, "El concepto de Estado y la psicología social. Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud", en este mismo volumen.

## V. El otro Kelsen

El repaso de estos textos nos muestra una larga vida dedicada a defender la democracia, a fundarla filosóficamente en una concepción del hombre, a disipar las brumas místicas de donde proceden los fetiches religiosos y políticos. Aparece así una faceta de Kelsen que no es, de ninguna manera, la escolar.

Este Kelsen —o esta lectura de Kelsen, si se quiere—, revela a un filósofo, un politólogo, y también a un espíritu político, es decir, alguien que está en la lucha por el triunfo o la hegemonía de ciertas ideas. Kelsen está en la lucha por la democracia en contra de los totalitarismos contemporáneos.

Si esto es así, enfrentados a la lectura de su libro más conocido, *Teoría pura del derecho*, podemos aceptar dos posiciones: 1) leerlo como un texto "científico" o "metodológico", que forma parte de otra faceta que no es la del Kelsen politólogo, sino la del profesor-científico-jurista; 2) leerlo como un escrito más del filósofo político, defensor de la democracia. Ambas lecturas son posibles. Y seguramente quienes optan por una rehazan la otra como "tergiversación". Creo que la primera es la lectura escolar; la lectura tradicional. Aunque hay distintas tradiciones. Para los kelsenistas —algunos al menos—, este libro es un ensayo científico-metodológico siempre perfectible (por ellos). Para los jusnaturalistas es un ensayo científico pero equivocado, por fundarse en una filosofía reprobable. Y para los marxistas es el ensayo de fundar una ciencia "formal" que desatiende los problemas sociológicos. Me parece posible afirmar que las tres tradiciones, en alguna de las cuales nos hemos formado todos, propone una lectura parcial de Kelsen. Me parece perfectamente sostenible que la *Teoría pura del derecho* es un texto que debe leerse como siendo la segunda parte del pensamiento de su autor. La primera parte es su pensamiento filosófico-político, que hemos recordado someramente en este ensayo. La segunda parte es la consecuencia de la primera: *Teoría pura del derecho* es un libro de filosofía política, que por razones políticas funda una ciencia "pura", es decir, reducida a describir normas y no a opinar si son o no justas.

Desde luego que me doy cuenta de las objeciones que pueden hacerse a este planteo. Por ejemplo, alguien podría decir que las preocupaciones del Kelsen político son las de su juventud. Podría hablarse de un "primer Kelsen", algo así como del "joven Marx". Y podría

decirse que el científico, en la plenitud de su pensamiento, ya no regresó a aquellas primeras preocupaciones.

Me parece que esa objeción es desmentida por los mismos escritos kelsenianos. Pero supongamos que pueda decirse que el último Kelsen no reproducía ya al primero. Por ejemplo, al final de su vida, Kelsen escribió: "Si hoy pudiera empezar desde el principio, estudiaría, antes que cualquier otra cosa, lógica matemática".[22] ¿Acaso hay algo más alejado de la política que la lógica? El último Kelsen murió estudiando lógica, al parecer. ¿Qué es lo que lo condujo hasta allí, después de haber criticado tan brillantemente a Max Weber, combatido a los nazis, explorado el psicoanálisis, la antropología, Platón y Aristóteles, denunciado a Dios y a la teología? Vale la pena detenerse en este problema.

Lo que lo condujo hasta allí fue sin duda el ruido que venía haciendo la lógica jurídica desde hacía un tiempo. Pero, ¿qué vio Kelsen que le preocupara tanto? Lo que tanto le preocupa es el tipo de consecuencias que surgen de la pretensión de los lógicos de aplicar la lógica al derecho.

Mario Losano narra, con mucha precisión y claridad, la cuestión.[23] Kelsen dialoga epistolarmente con su colega Ulrich Klug. La pregunta: ¿Pueden aplicarse las reglas de la lógica al derecho? Klug, desde luego durante varios años de relación epistolar, intenta convencerlo de que sí. Pero no lo consigue. Porque para Kelsen las normas son producto de actos de voluntad y, en último término, son *arbitrarias*; dependen; en su contenido, de quien posea el poder. Y esto aun en el caso de las decisiones judiciales, que es lo que tienen en la mira esta discusión, tanto Kelsen como Klug. Como lo explica Losano:

> Para Kelsen la decisión judicial basada en la analogía no es deducción sino establecimiento de nuevo derecho[24]... al derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de inferencia; el razonamiento por analogía y el *argumentum a maiore ad minus* no son los instrumentos propios de una lógica específicamente

[22] Citado por Mario G. Losano en "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo", en *Doxa*, nº 2, p. 55 y ss. (La frase de Kelsen en p. 66).

[23] Véase el artículo citado anteriormente, que, traducido al castellano por *Doxa*, es el prólogo de Losano a la edición italiana de *Teoría general de las normas*.

[24] Aquí Losano cita "Derecho y lógica", que es un escrito posterior a *Teoría pura del derecho*. Pero esta doctrina es anterior. Está en el párrafo 35-g en el subtema titulado "El carácter constitutivo de la sestencia judicial" del libro "metodológico" (*TPD*, p. 246).

jurídica, sino únicamente biombos tras los que se ocultan actos de voluntad del juez.[25]

En efecto, desde siempre Kelsen ha sostenido que las normas son productos de la voluntad de poder de "alguien", que no se muestra, y que incluso el derecho contribuye a ocultar. Pero Losano dice que las "últimas concepciones kelsenianas sitúan la noción de voluntad en el centro de la teoría pura del derecho" *(idem)*. En realidad ¡siempre ha sido así!

En la discusión con Klug, éste le hace a Kelsen un argumento imbatible: tan es posible aplicar la lógica al derecho, que es lo que se hace en la informática jurídica:

> En esta aplicación mecánica del derecho se programa como premisas oraciones generales de deber ser (normas generales). Tras la introducción de los datos del caso concreto, la máquina proporciona la oración de deber ser dirigida al individuo (norma individual) (*ibidem*, p. 65).

Y Kelsen, tozuda pero genialmente, contesta:

> ...sobre el caso citado por usted del empleo de ordenadores para la aplicación del derecho quisiera observar que la construcción del ordenador parte evidentemente del presupuesto de que los principios de la lógica de proposiciones son aplicables a las normas de derecho positivo. Este presupuesto carece de fundamento. En todo caso, aun admitiéndolo, el ordenador no proporciona la norma individual, vinculante para las partes, sino que se limita a decir al órgano competente para la edicción de esta norma cual es la norma conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dicta —con un acto de voluntad, cuyo sentido es esta norma— la "norma" indicado por el ordenador, ésta no es válida, ni su validez vinculante para las partes puede obtenerse con su razonamiento lógico o con la simple actividad del ordenador (*ibidem*, p. 66).

Éste es el Kelsen de siempre. Tan luego a él venirle con eso. A él, que denunció desde siempre que detrás de una norma siempre hay una voluntad de poder, ¡querer ahora ocultarle el poder detrás de una máquina!

[25] M. G. Losano, *op. cit.*, p. 68.

Y obsérvese que el argumento de la informática es irrebatible: si la máquina *lo hace*, ¿cómo negar que la lógica sí se aplica a las normas? Pero es que Kelsen no está negando la máquina, sino que está negando que eso sea el derecho. Lo que está en juego no es la lógica sino la concepción del poder y del derecho. No es que, como dice Losano, sean "comprensibles... las dudas del jurista ya octogenario en relación con este nuevo sector de la ciencia jurídica" (*idem*). No es que Kelsen sea ya un viejito que no alcanzaba a entender o a vislumbrar. No. Es que Kelsen era un clásico. Tal vez el último clásico de la filosofía política de este siglo. Aquí hay algo a lo que tozudamente Kelsen se aferra; que no quiere soltar. Detrás de Aristóteles, de Maquiavelo, de Hobbes, de Marx, de Nietzsche, junto con Max Weber y Freud, adelante de Foucault, Kelsen defiende la idea y denuncia la realidad de la *voluntad de poder*, de la *dominación* de "alguien" que ejerce el poder sobre los demás. Ideas muy metafísicas por lo demás; pero que este positivista veterano de cien combates contra la metafísica jusnaturalista no quiere soltar. Sí. Un octogenario. Pero, ¡bravo por el viejito! Mientras que Losano se siente defraudado:

> De esta forma, mientras que el logicismo de la teoría pura en su versión clásica fue para mí un incentivo para ocuparme de la informática jurídica, la referencia constante a la voluntad del legislador que empapa a la *Teoría general de las normas* separa definitivamente los destinos de la teoría pura del derecho de los de la informática jurídica (*idem*).

¡Qué bueno! Finalmente, Kelsen no murió estudiando lógica. Murió peleando contra el Estado, denunciando el poder, contra quienes quieren ocultarlo, ahora tras las máquinas o fórmulas matemáticas. Si antes luchaba contra Dios, la naturaleza, la sociedad, el partido, la clase, la raza, la nación, que justificaban un derecho, un poder, ocultando al dominador, ahora luchaba contra las máquinas que pretenden hacernos creer que una norma puede ser "lógica". Tal parece que las máquinas nos dirán cuál es el derecho sin contradicciones, sin pasar la arbitrariedad de un juez o funcionario. Ahora tendremos normas "verdaderas". Lo cual a Kelsen le parecía un desatino: la norma es un acto de poder, y el que lo produce no tiene ningún otro "derecho" a hacerlo que el consenso democrático.

Pero podría decirse que éste no es el Kelsen de *Teoría pura del derecho*, que es un libro metodológico y a-político. Tomemos entonces otros ejemplos que sí están en ese libro. La interpretación del derecho por ejemplo, un tema "técnico". Kelsen plantea allí, que la tarea de los juristas es una tarea *política*. Si se trata de la creación del derecho por el legislador, no hay duda de la politicidad del acto. Si se trata de un juez, lo que éste hace es elegir entre varias interpretaciones posibles, y producir, por un acto de voluntad, una norma individual. Es también un acto político. Lo que hay que distinguir aquí, es el papel de la ciencia. La ciencia no crea derecho. El científico, para serlo, debe limitarse a mostrar cuáles son las opciones entre las que el juez puede elegir. Pero

> el abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino una función científico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho.[26]

Es la última página. Igual que en la primera, la cuestión es quitar a la política el apoyo del prestigio de la ciencia. O, lo que es lo mismo, mostrar el acto de poder sin permitirle que se esconda, que se revista de cientificidad. Y no es, como algunos creen, que esté por la no-política. La actividad política del jurista es lícita: "Naturalmente, ello no les es negado. Sólo que no deban hacerlo en nombre de la ciencia" (*idem*).

Lo que no hay que dejar pasar es la idea tradicional, que sirve para dar la sensación de seguridad jurídica, o de que el que posee el poder es "justo", de que una sola interpretación es la correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Eso es mentira, "Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica" (*idem*).

Esto al final. Pero podemos remontarnos al principio. A la distancia, frecuentemente vista como metodológica o epistemológica, entre naturaleza y sociedad, entre ser y deber. ¿Por qué tanta insistencia? Cierto que la distinción le ha servido durante su larga vida, para, no

[26] *TPD.*, p. 356.

saliéndose de ella, mantener una coherencia ejemplar. Claro que tiene valor metodológico. Pero, ¿sólo es un método?

En muchos lugares puede encontrarse la cuestión política que subyace a esta distinción. Veamos un aspecto simple del asunto. Kelsen quiere mantener esa distinción para que nadie, por el hecho de dominar, pueda decir que tiene derecho a dominar. Estará obligado a confesar que domina y a buscar el consenso en otra parte que en la ciencia, en la moral o en el derecho. La machacona tozudez con que ha combatido el sincretismo "metodológico", con que ha defendido la diversidad entre punto de vista sociológico y punto de vista normativo —político— del Estado, tiene esa faceta no "metodológica".

Esto se puede decir de varias maneras. Por ejemplo: la sociología puede señalar a los individuos que ejercen el poder. La ciencia jurídica puede decir cómo *deben ser* designados los que *deben* ejercer el poder. *Pero no puede decir que Juan o Pedro deban ejercer el poder.* Decirlo, lo diría un juez, en un *acto político*, no científico.

El Estado, desde el punto de vista natural, causal, es un poder, una fuerza, que ejerce "alguien" contra los demás. El Estado, desde el punto de vista normativo, es un orden; es *derecho*. Quienes quieren ver el derecho distinto que el Estado, quieren *justificarlo*. Quieren ver el derecho distinto que el Estado para después cruzarse al punto de vista sociológico y santificar el Estado existente. O sea: dicen que el Estado es un poder físico, natural (punto de vista sociológico); luego dicen que ese poder crea un derecho, y luego se somete a él.

> Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso-metafísica del Estado pierde eficacia, esta teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado.[27]

Esto ha podido suceder por el sincretismo "metodológico". Por eso no hay que permitirlo. Por eso es necesario sostener la separación a toda costa. No hay ninguna manera en que el poder físico puede santificarse por el derecho, si mantenemos la distinción. El poder creará derechos. Sí. Pero no habrá una ciencia de ese derecho que justifique a su creador si esa ciencia se mantiene en su carril. Habrá otra ciencia que mostrará la creación del derecho como un fenómeno natural, sujeto a causas y efectos. Pero esa ciencia, la sociología jurídica,

[27] *Ibidem*, p. 290.

tampoco podrá decir que ese derecho es justo o injusto, si se mantiene en su carril. Sólo la política, que no es ciencia sino acción, podrá juzgar la legitimidad del poder. Y Kelsen tiene una filosofía para juzgar: el orden es legítimo si ha sido creado democráticamente.

Estos temas, con sus facetas ético-políticas, pueden leerse en *Teoría pura del derecho*. Desde luego, pueden no verse o no encontrarse si el lector no quiere. En tal caso, el Kelsen político es otro Kelsen. Pero si queremos leerlo como un libro de filosofía política, entonces el otro Kelsen es el Kelsen, un único Kelsen, que siempre ha sido un filósofo político. Es "otro" simplemente porque es distinto del escolar.

Y si aun así se dijera que esta lectura es una tergiversación, permítaseme citar el testimonio de alguien que sin duda sabe mucho acerca del punto:

> Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento por modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del Estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden estatal, porque estaba acorde con sus intereses, esta teoría, en cambio, que declara al Estado como orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por tanto no deja al Estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del Estado en beneficio de los gobernados. Pero es precisamente por ello que esta teoría se revela como teoría pura del derecho, pues sólo arruina la abusiva utilización política de una pseudo teoría del Estado.[28]

[28] H. Kelsen, "Dios y Estado", en este mismo volumen.

# KELSEN Y MAX WEBER *

Norberto BOBBIO

Anticipo que mis consideraciones abordan la relación entre Weber y Kelsen respecto del problema de la sociología del derecho, que es el tema de este congreso y más exactamente, respecto del problema de la relación entre sociología del derecho y teoría del derecho. Esta delimitación se hace necesaria por el hecho de que la relación entre Weber y Kelsen puede ser considerada desde otros puntos de vista; por ejemplo, desde el punto de vista del problema de la democracia y del parlamentarismo.[1]

Preliminar es la observación de que entre Weber y Kelsen la relación no es recíproca. Por más que Weber haya escrito su *Sociología del derecho*, y con esta expresión se entiende la obra que constituirá el capítulo VII de *Wirtschaft und Gesellschaft*, titulado "Wirtschaft und Recht (*Rechtssoziologie*)", entre 1911 y 1913,[2] cuando Kelsen ya había publicado su primera gran obra, *Hauptprobleme der Rechttaatslehre*, que aparece en 1911 en la editorial Mohr Ditübingen (que es el mismo editor de Weber), no parece que la haya conocido. Kelsen cita a Weber en el prefacio, fechado en febrero de 1911 (mientras que ya no lo citará más en el largo prefacio a la segunda edi-

* Publicado en *Sociologia del diritto*, 1/1981, con el título "Max Weber e Hans Kelsen", traducción de Jorge E. Gutiérrez Ch., revisada por Óscar Correas.

[1] Para este tipo de relaciones véase, por ejemplo, R. Racinaro, "Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta", en H. Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, México, Siglo XXI, 1982.

[2] La primera edición de la gran obra de Weber fue publicada por la editorial Mohr de Tübingen en el año de 1922, cuando Weber había ya muerto, siguiendo luego las ediciones de 1925, de 1947 y de 1956. La sociología del derecho fue reimpresa por primera vez directamente del manuscrito felizmente encontrado, y como libro, por Johannes Winckelmann: M. Weber, *Rechtssoziologie*, Luchterhand, Neuwied, 1960. La última edición de *Wirtschaft und Gesellschaft*, de la cual extraigo las citas, apareció en 1976, en tres volúmenes, uno de los cuales es sólo de notas, siempre cuidado por Winckelmann, por el editor Mohr de Tübingen. La *Rechtssoziologie* se encuentra en las pp. 387-513. (Esp. 498 y ss.)

ción, que aparece en 1923).[3] Lo cita en el prefacio pero no en el curso de la obra. Sin embargo, esta cita única es importante como signo de la consideración que el joven y ya conocido jurista, formado en la Escuela de Jellinek, mostró tener del autor de aquellos ensayos metodológicos de las ciencias sociales que en Alemania ya tenían amplia resonancia. Después de haber dicho que la obra que está por publicar tiene un carácter prevalentemente metodológico, ya que entiende liberar la construcción de los conceptos jurídicos de elementos sociológicos y psicológicos, precisa que sus investigaciones están bajo el signo de dos grandes antítesis: aquella entre *sein* y *sollen*, y aquella entre forma y contenido. A propósito de la segunda, cita el ensayo weberiano sobre la objetividad de las ciencias sociales (1904) y escribe:

> si puedo (...) precisar mi punto de vista con las palabras de Max Weber, la característica del fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que éste no quiere ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas porque, según mi parecer, en esta limitación está escondida la esencia del tratamiento formal-normativo de la jurisprudencia.[4]

Que la referencia a Weber sea correcta del todo, se puede discutir. Lo que es cierto es la deuda que Kelsen tiene, muestra o cree tener en relación con las tesis metodológicas weberianas, tanto como para

[3] H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre Enwickelt aus der Lehre vom Rechtssatzes*, Mohr, Tübingen, 1911, p. IX. La importancia de esta cita ha sido ya puesta en evidencia por G. Calabró en el ensayo "La Giurisprudenza come scienza dello spiritu según Hans Kelsen", que se encuentra en la traducción italiana de H. Kelsen "Tra metodo giuridico e sociologico" Guida, Napoli, 1974, p. 11. La mayor parte de las citas desaparecen en el paso de la primera (1920) a la segunda (1929) edición de *Vom Wesen und wert der demokratie*, como ha sido hecho notar por Racinaro en la introducción citada.

[4] Kelsen cita, sin señalarlo, una parte del ensayo de Weber, "Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", *Archiv für sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, IX, 1904, p. 45. Se trata del siguiente párrafo: "No existe ningún análisis científico puramente 'objetivo' de la vida cultural o (...) de los 'fenómenos sociales', independientemente de los puntos de vista específicos y 'unilaterales', según el cual éstos (...) son escogidos como objeto de investigación, analizados y organizados en la exposición. El fundamento de esto se encuentra en el carácter específico del fin cognoscitivo de todo trabajo de ciencia social, que quiera ir más allá de una consideración puramente formal de las normas, jurídicas o convencionales, de la subsistencia social" (de la trad. de Pietro Rossi, en M. Weber, *El método delle science sociali*, Einaudi, Torino, 1958, p. 84). (Esp. *La acción Social: Ensayos metodológicos*, Ed. Peninsula, Barcelona, 1984, pp. 112 y ss.).

conectar una afirmación weberiana al núcleo fundamental de su propia teoría.

Cuando en 1921 aparece *Wirtschaft und Gesellschaft*, que contiene la *Sociología del derecho* weberiana, hasta entonces inédita, Kelsen la somete inmediatamente a un profundo análisis crítico en el artículo "Der Staatsbegriff der 'Verstehende Soziologia' ", que aparece en *Zeitschriftfür Volkswirtschaft und Soziologie* en 1921, que llegará a ser un capítulo del libro *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, publicado en 1922, y constituye un momento decisivo en el paso de los *Hauptprobleme* a la *Allgemeine Staatslehre* de 1925.[5] Para el conocimiento y la comprensión de la relación entre Kelsen y Weber respecto del problema de la *Sociología del derecho* y de su contraposición en la *Teoría del derecho*, tal como Kelsen la concibe, este artículo es fundamental. Cuando en la *General Theory of Law and State*, de 1945, retoma, si bien brevemente, el tema de la sociología jurídica weberiana, repite poco más o menos los mismos conceptos. La obra de Weber es presentada como la obra más significativa aparecida después de la sociología de Simmel.

Es necesario no olvidar que en los mismos años en los cuales Kelsen publicaba los *Hauptprobleme* y Weber escribía su *Sociología del derecho*, el problema de ésta, y naturalmente de sus relaciones con la jurisprudencia, estaba en el orden del día. En 1910 Herman Kantorowicz había sustentado su célebre conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie*, y en 1913 Eugen Ehrlich publicaba su obra fundamental, la *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, que ha permanecido como una de las contribuciones principales y más fascinantes para el desarrollo de la disciplina. En los veinticinco años en los que Kelsen construyó su sólido castillo teórico, entre 1910 y 1934 (año de publicación de la *Reine Rechtslehre* en su primera redacción sintética), su capacidad para entrar en discusión crítica con las principales corrientes y doctrinas del tiempo es prodigiosa. Su crítica de las teorías del derecho socialista y comunista es conocida desde hace tiempo, si bien en estos últimos años ha sido redescubierta y tomada más en serio que en el tiempo de las excomuniones. Sólo recientemente se han dado cuenta de que aquel teórico "puro" del derecho ("puro" usado frecuentemente en el sentido peyorativo de "vacío") se había

[5] En la revista, el artículo se encuentra entre las pp. 104-119; en el libro, el capítulo correspondiente se encuentra entre las pp. 156-170. (Véase el artículo en este mismo número de G.J. N. del E.)

ocupado, el primero entre los juristas, del psicoanálisis. Y bien, no se le escaparon el ensayo de Kantorowicz ni el libro de Ehrlich. Al primero dedicó una parte del artículo aparecido en 1912; [6] al segundo el largo ensayo en 1915.[7]

Como las relaciones entre los dos autores no solamente son directas sino también indirectas, también es necesario tener presentes a los escritores en los cuales uno y otro se inspiraron en aquello que han considerado relevante para sus fines. Aun cuando no se trata de una investigación fácil, ya que ni Weber ni Kelsen abundan en citas (menos Weber que Kelsen), se debe recordar que, al menos para nuestro tema, Weber también escribió una reseña crítica del ensayo de Kantorowicz,[8] y muestra conocer la sociología de Ehrlich, que también cita reprochándole el error de confundir el punto de vista sociológico con el jurídico (el mismo reproche que le hace Kelsen).[9] No es aquí el lugar para ir en busca de las fuentes comunes de nuestros dos autores. No obstante, siempre a propósito de la relación entre

[6] La crítica a Kantorowicz se encuentra en la nota "Sum soziologie des Rechts, Kritische Bemerkungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIV, 1912, pp. 601-614, en la cual Kelsen toma posición respecto de Kantorowicz (pp. 601-607), y del libro de Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse* (1911), pp. 607-614.

[7] A la crítica de la sociología del derecho de Ehrlich, Kelsen dedicó un largo ensayo "Eine Grundlegung del Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, pp. 839-876. Esta crítica suscitó una resentida reacción de Ehrlich, el cual respondió con una *Entgegnung*, Idem, XLI, 1916, pp. 844-849, seguida de una *Replik* de Kelsen, pp. 850-853. La polémica resurgió el año siguiente con una *Replik* de Erlich, Idem, XLII, 1916-17, pp. 609-610 y con un *Schlusswort* de Kelsen, pp. 611. La crítica de Kelsen a todas las tesis sostenidas por Ehrlich es aguda, insistente y severa: no se puede hablar de la sociología del derecho como una ciencia del derecho porque la ciencia del derecho es una sola y es la ciencia normativa del derecho; la sociología del derecho no es una discipilna autónoma, porque es una simple sección de una ciencia explicativa de la vida social; su demarcación puede ser hecha solamente sobre la base de una definición del derecho cuya demarcación deriva del concepto normativo del derecho. Kelsen hace a Ehrlich, en substancia, la misma crítica que le hará a Weber: la sociología del derecho no está en condiciones de establecer aquello que es derecho, y por lo tanto debe presuponer el concepto de "derecho" elaborado por la ciencia normativa del derecho.

[8] En una *Diskussionrede* en las jornadas sociológicas alemanas de Frankfort, promovidas por la sociedad alemana de sociología en octubre de 1910, donde Kantorowicz había presentado su discurso sobre la ciencia del derecho y la sociología. La intervención de Weber fue publicada en las *Schriften der Jeutschen Gessellschaft für Soziologie*, Mohr, Tübingen, 1911, pp. 323-330, y después en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Mohr, Tübingen, pp. 471-476.

[9] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ta. edición, Mohr, Tübingen, 1976, p. 441 (en la trad. italiana, Ediziomi di Comunità, Milán 1961, II, p. 18) (esp., p. 512.)

derecho y sociedad, no se puede dejar de citar dos obras aparecidas pocos años antes y que constituyen frecuentemente un punto de referencia crítico, tanto para el primero como para el segundo: *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung* de Rudolf Stammler (1896) y la *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek (1900).

Respecto a Kantorowicz y a Ehrlich, Weber y Kelsen se encontraron en la misma parte de la barricada. Los dos sociólogos tendían a reducir la jurisprudencia a disciplina sociológica, a no reconocer la distinción entre validez ideal y validez real, tesis que Weber consideró siempre, y Kelsen con él, si no propiamente detrás de él, una fuente de confusión. Además ambos, el primero partidario belicoso del derecho libre, el otro cuestionador de la jurisprudencia formalista y estatalista en nombre del "derecho viviente", también habían concebido sus escritos como armas de batalla política del derecho, mientras Weber y Kelsen, fieles al ideal de la ciencia valorativa, de la distinción entre la esfera del conocimiento y la esfera de la acción, afrontaron el problema de fondo de la relación entre sociedad y derecho, o mejor, entre la tarea de la sociología y la tarea de la jurisprudencia respecto al fenómeno jurídico, esencialmente como un problema en torno a la distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu particularmente, según la conocida distinción kelseniana entre ciencias explicativas y ciencias normativas.

Mucho más compleja y metodológicamente más interesante es la relación crítica de Weber y Kelsen con Stammler; interesante porque las críticas son en gran parte comunes y revelan algunas notables afinidades de implementación, tanto en el método como en el contenido. En su amplia obra sobre derecho y economía desde el punto de vista del materialismo histórico, que ya había sido criticada por Croce, cuando apareció, Stammler sostenía sobre todo dos tesis: la distinción entre las ciencias causales de la naturaleza y las ciencias teleológicas de la sociedad (que era una tesis metodológica), y la distinción entre el derecho como forma y la economía como contenido (que era un intento de reconstrucción conceptual global del sistema social). Ambas tesis son objeto de crítica por parte de Weber [10] y Kelsen: las

[10] Véase, sobre todo, el escrito "Uberwindung der meterialistischen Geschichtsauff assung" (1907), en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ra edición, Mohr, Tübingen, 1968, pp. 291-359. Las referencias a las teorías de Stammler, siempre

críticas de Kelsen no se diferencian sustancialmente de las de Weber. De neta inspiración weberiana es la crítica que hace Kelsen a la primera distinción en los *Hauptprobleme*, aun cuando apela a la autoridad de Sigwart, el cual ha aclarado en su lógica que la relación causa-efecto y la relación medios-fines no son otra cosa que la misma relación considerada desde dos puntos de vista diversos, y no pueden ser asumidos como categorías generales capaces de distinguir dos tipos de ciencias. También Wundt sostuvo que los dos principios no se excluyen y que, aún más, la aplicación del principio de fin es posible sólo sobre el presupuesto de la simultánea validez del principio causal. Para Kelsen, la distinción entre los dos tipos de ciencia pasa no a través de la distinción entre lo causal y lo teleológico, sino entre lo causal y lo teleológico, y por un lado, que atañe a la esfera de los hechos; y el normativo, que toma en consideración la esfera del deber ser, por el otro lado. En lo que toca a la segunda tesis, la distinción entre derecho-forma y economía-contenido, Weber critica a Stammler no sólo por no haber distinguido la validez empírica de la validez normativa (sobre este tema me detendré más adelante), sino también por no haberse dado cuenta de que el obrar social no se orienta únicamente sobre la base de ordenamiento y, por lo tanto, aun admitiendo que se pueda definir un ordenamiento como forma del obrar social (lo que Weber no admite), "la regulación normativa es una *componente* importante, pero sólo causal, de la actividad consensual, pero no como quisiera Stammler en su forma universal".[11] Se podría pensar que Kelsen, sostenedor de una teoría formal del derecho, y considerado para bien y para mal un formalista, está más cercano a Stammler que a Weber respecto a la consideración del derecho como forma. En realidad no es así. La gran dicotomía kelseniana, que sirve para distinguir las dos esferas de conocimiento, no es forma-contenido sino *sein-sollen*. Una cosa es decir que el derecho es una forma de la sociedad y otra afirmar, como lo hace Kelsen, que la tarea de la teoría pura del derecho, esto es, una teoría que pretende ser científica, es estudiar el derecho en su estructura formal. Como por lo demás, se ha dicho desde el inicio, en el pasaje citado poco antes, Kelsen no se propone en su primer gran obra de conjunto presentar el derecho

polémicamente ásperas, son frecuentes también en *Wirtschaft und Gesellschaft*, comenzando por la primera página, en la cual se cita "el libro por demás desviado" (*stark irreführemdes*) de R. Stammler.

[11] *Wirstschaft und Gesellschaft*, cit, p. 194 (trad. italiana, cit, I, p. 330). (Esp. p. 268).

como forma, o directamente como *la* forma, de la sociedad, sino "no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas". Una frase de esta naturaleza deja entender, más allá de cualquier otra cosa, que se puede dar un tratamiento no formal al derecho, lo cual es justamente la sociología jurídica.

En los años inmediatamente anteriores a la obra de sociología de Weber y a los primeros escritos de Kelsen, había sucedido un fructífero encuentro entre sociólogos y juristas. Más que al nacimiento de la *sociología del derecho* como disciplina autónoma (que ocurre más tarde) se asiste, por un lado, al reconocimiento que hacen algunos grandes sociólogos, como Durkheim, de la importancia de las estructuras jurídicas de la sociedad; por el otro, al reconocimiento que hacen algunos grandes juristas, como Hauriou, de la importancia del estudio de la sociología para la comprensión del fenómeno jurídico.[12] Este encuentro entre sociólogos y juristas no podría dejar de suscitar el problema de la delimitación de las líneas de demarcación de las respectivas disciplinas. Pero no se trataba del mismo *Methodenstreit*, en el cual había participado intensamente Max Weber, acerca de la distinción entre ciencia de la naturaleza y ciencia del espíritu, entre ciencia generalizante e individualizante, etcétera, porque la jurisprudencia no era ni una ciencia social para contraponerla a las ciencias naturales, ni una ciencia ideológica para contraponerla a las ciencias nomotéticas, y por lo tanto no encajaba en ninguna de aquellas ciencias cuyo estatus epistemológico había sido objeto de la disputa. Por parte de los sociólogos y de los juristas, que veían el derecho desde el punto de vista de la sociedad, existió la tentación de resolver la dificultad negando el estatus de ciencia, en el sentido en el que se hablaba de ciencias sociales o del espíritu o de la cultura, a la jurisprudencia considerada, a la par de la teología, una dogmática. Es decir, un conjunto de reglas para la interpretación de textos (hoy se diría una hermenéutica), sosteniendo que una vez fijado el puesto y descubierto el papel de las ciencias sociales en el universo del saber científico, la única disciplina jurídica, o perteneciente al derecho, que podía ostentar el estatus de ciencia, era la sociología del derecho. Sin embargo, hubo también quien se preocupó por encontrar un criterio de distinción entre sociología del derecho, que se enlistaba con justo título en la categoría de las ciencias sociales, y la jurisprudencia: este

[12] Para éstas y otras observaciones sobre la historia de la sociología del derecho me remito a R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 2a. edición, Einaudi, Torino, 1980. (Esp: *Introducción a la sociología del derecho*, Ed. Taurus).

criterio naturalmente no podía ser aquel que había permitido la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencia del espíritu, que no obstante también habría permitido atribuir a la jurisprudencia el estatus de ciencia.

Nunca será suficientemente subrayado que en su obra destinada a permanecer como uno de los monumentos del derecho público, la *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek había resuelto la disputa que contraponía la sociología a los juristas, dividiendo salomónicamente la doctrina del Estado en dos partes, que llamó respectivamente doctrina "sociológica" y doctrina "jurídica" del Estado: una solución que Kelsen haría pasar a la historia, criticándola con el nombre de *Zweiseitentheorie*. Jellinek fundaba esta división de la doctrina del Estado en una tipología de las ciencias que no coincidía con aquélla más frecuentemente en discusión. Distinguía la ciencia de las causas de la ciencia de las normas, llevándola a la distinción entre conocimiento causal, que se apoya en las leyes naturales, y conocimiento normativo, que se refiere a las reglas de conducta. Por lo que toca a la distinción entre leyes naturales y normas, el criterio aducido por Jellinek era aquel destinado a tener una imprevisible fortuna, justamente por obra de Kelsen, de la distinción entre las reglas que explican aquello que es y las reglas que explican aquello que debe ser. Esta distinción le permitía definir la ciencia del derecho como ciencia de normas, es decir, como "una ciencia no de las leyes de aquello que es, sino de las normas" y de distinguirla, en cuanto tal, de la sociología del derecho que es una ciencia de las causas. Referida a la teoría del Estado, la distinción permitía a su vez distinguir la teoría sociológica del Estado "que tiene como contenido la existencia objetiva, histórica o... natural del Estado", de la teoría jurídica que tiene como contenido "las normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse", y que "no son en absoluto algo real" sino "algo realizable mediante una ininterrumpida actividad humana" y en definitiva "de evitar de una buena vez para siempre la confusión entre las dos partes de la teoría del Estado".[13]

No pretendo sobrevalorar la distinción de Jellinek que, examinada atentamente, muestra ser sólo aproximativa, ni suponer que haya sido tenida en cuenta por Weber,[14] que cita a Jellinek, pero en otros con-

[13] G. Jellinek, *La dottrina generale delle stato*, Società Editrice Libraria, Milano, 1921, Vol. I, p. 73.

[14] Para la relación entre Weber y Jellinek es importante la *Gedankenrede auf Georg Jellinek*, que Weber pronunció el 21 de marzo de 1911, en ocasión de la

textos, o por Kelsen, aun cuando no se olvide que al final del prefacio a la primera edición de los *Hauptprobleme* expresa su gratitud al maestro, fallecido mientras el libro esperaba ser publicado, escribiendo, entre otras cosas, que el libro mostrará el potente influjo que este autor ha ejercido en el desarrollo de la doctrina del Estado. No obstante, es un hecho que Jellinek se había dado perfectamente cuenta del problema creado por la transformación del derecho público en una disciplina jurídica siempre más rigurosa y, por esto, la necesidad de distinguirla netamente de la sociología del derecho.

En el momento mismo en que se apresta a redactar su *Sociología del derecho*, Weber se preocupa de la *actio finium regundorum* entre punto de vista sociológico y punto de vista jurídico. El tema es afrontado al inicio del capítulo I de la 2a. parte de *Wirtschaft und Gesellschaft* con estas palabras: "Cuando se habla de derecho, 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos", debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica".[15] La diferencia es reconducida por Weber a la distinción entre validez ideal y validez empírica de una norma o de un ordenamiento: una distinción entre el plano del deber ser, sobre el cual se coloca la ciencia del derecho, y el plano del ser sobre el cual se coloca la sociología jurídica. En el momento que tomamos el punto de vista de la validez ideal surge el problema, según Weber, de cuál es el "sentido normativo" que se debe atribuir a una proposición que se presenta como norma jurídica, tarea que es propia del jurista o del juez, el cual busca el sentido "lógicamente correcto" de una norma y tiende a introducirlo a un sistema lógicamente falto de contradicciones. Cuando, por el contrario, se toma en cuenta el punto de

boda de la hija de Jellinek, celebrada poco después de la muerte del padre, publicada en el volumen *Max Weber zum Gedächtnis*, al cuidado de R. König y J. Winckelmann, como suplemento de la *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft* 7, 1963, pp. 13-17. Weber enumera las siguientes dudas que él tiene respecto de Jellinek: la distinción entre pensamiento naturalista y pensamiento dogmático en el "sistema de los derechos subjetivos", respecto al problema metodológico; la formación del concepto de doctrina social del Estado, respecto de la determinación de las tareas de la sociología, la prueba de la derivación religiosa en la génesis de los derechos del hombre, respecto a la investigación de la importancia del fenómeno religioso en los campos donde generalmente no se le busca (p. 15).

[15] *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 181 (trad. italiana, cit., p. 309) (esp. 251). Para una discusión del concepto de derecho y la distinción entre el derecho de los juristas y el de los sociólogos en Weber, es necesario ir por lo menos al escrito sobre Stammler ya citado, "Uberwindung der Materialistischen Geschichtsauffassung", cit., pp. 323 y siguientes.

vista de la validez empírica, surge el problema de qué cosa acontece de hecho en una comunidad en la cual los individuos, considerando un determinado ordenamiento como válido, orientan sus comportamientos en vista de este ordenamiento. A los dos puntos de vista corresponden dos significados diferentes de "ordenamiento". De acuerdo con el primero, "ordenamiento" es un conjunto de reglas válidas cuyo sentido debe ser interpretado con el fin de aplicarlo a este o aquel caso; según el otro, el "ordenamiento" indica un conjunto de motivos efectivamente determinantes del obrar humano, de donde se debería extraer la comprensión de por qué un individuo obra de cierto modo en un determinado contexto social. No se olvide que para Weber la tarea de la sociología es la de comprender el obrar social, y que por obrar entiende una acción a la cual el individuo agente atribuye un sentido subjetivo. Esto explica por qué el punto de vista sociológico respecto al derecho debería consistir en analizar las acciones que son determinadas por la existencia de un ordenamiento jurídico o, en otras palabras, aquellas acciones cuyo motivo, y sentido subjetivo, es la representación de la existencia de un ordenamiento que, por esto mismo, es decir, por el hecho que constituye un punto de ordenación de los coasociados, es de considerarse un ordenamiento válido (empíricamente). No es el caso de decir que lo que Weber llamó *sociología del derecho* corresponda a este intento. Me parecería difícil dar una respuesta positiva. Algunos temas, como el de la distinción entre derecho y convención, sobre el cual regresa muchas veces, o el de la definición de ordenamiento jurídico, son temas tradicionales de la filosofía del derecho. Gran parte del capítulo VII citado entra en la historia del derecho, si bien en una historia que toma particularmente en cuenta la relación entre formación del derecho y ordenamiento económico, entre formación del derecho y las diversas formas del poder político.[16] Lo que importa resaltar para nuestros fines es la distinción

[16] Que el cap. VII de *Wirtschaft und Gesellschaft* sea propiamente una *Sociología del derecho* y en qué sentido de "sociología del derecho" lo sea, es un tema hasta hoy en discusión, no fácilmente resoluble porque finalmente es un problema de definición. En todo caso sobre la sociología del derecho weberiano, además del cap. V de la *Introducción a la sociología del derecho* de Treves, ya citada (pp. 85-98), se puede útilmente consultar tanto la introducción de M. Rheinstein, en la edición americana, *Law in economy and society*, Harvard University Press, 1954, pp. XXV-LXII, como la introducción de J. Winckelmann a la edición alemana, ya citada pp. 15-49. Asimismo: M. Rehbinder, "Max Weber Rechtssoziologie", en *Max Weber zum Gedächtnis*, cit., 470-488, y K. Engisch, "Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziolog", en *Max Weber Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians Universität zum 100 Wiederkehr, seines Geburstays*, 1964, Duncker

neta que Weber introduce entre validez ideal y validez empírica. Nos interesa poner el acento sobre el hecho de que, introducida esta distinción, Weber, como sociólogo, se detiene a esclarecer el concepto de validez empírica, en tanto que es ésta, y no la validez ideal, la que interesa a la sociología del derecho. Para esta aclaración contribuyen sobre todo dos observaciones: *a*) para la validez empírica de un ordenamiento no es necesario que todos y ni siquiera la mayoría de aquellos que orientan su comportamiento sobre la base de aquel ordenamiento, se comportan en tal modo porque aquel comportamiento es prescrito por las normas del ordenamiento; muchos pueden comportarse de aquel modo por mero hábito o por temor a la desaprobación de los otros, no por una obediencia sentida como deber jurídico; *b*) tampoco es necesario que el ordenamiento sea observado por todos, porque lo que contradistingue la validez empírica de un ordenamiento no es su cumplimiento sino el obrar orientado hacia él, y no hay duda de que también quien lo viola obra orientando la propia acción hacia aquella norma cuya presencia debe considerar para poderla eludir. Ambas observaciones tienden a mostrar que la validez empírica de un ordenamiento no coincide con la obediencia a las normas por los participantes, porque están comprendidos tanto aquellos que se uniforman sin obedecerlo propiamente (en el sentido fuerte de sentirse obligados por aquellas normas), como aquellos que lo desobedecen (pero lo tienen presente).

Nos interesa resaltar el análisis weberiano de la validez empírica porque constituye el punto de encuentro y choque con Kelsen. El punto de encuentro porque en la *General Theory of Law and State*, en el capítulo, en gran parte nuevo, respecto a la *Reine Rechtslehre*, afrontando el problema de la relación entre jurisprudencia normativa y jurisprudencia sociológica, Kelsen afirma que "el ensayo más afortunado de definición del objeto de la sociología del derecho nos lo ofrece Max Weber".[17] El punto de choque, porque el problema que preocupa a Kelsen, como sostenedor de la teoría pura del derecho, no es la validez empírica sino la validez ideal, o pura y simplemente va-

Humboldt, Berlín 1966, pp. 67-88; J. Freund, "La retionalisation du droit selon Max Weber", *Archives de philosophie du droit*, 1978, pp. 69-92. En Italia M. A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo, Durkheim e Weber*, Laterza, Bari, 1975, y A. Febbrajo, "Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana", *Sociologia del Diritto*, III, 1976, pp. 1-28.

[17] H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969, p. 209.

lidez. En la teoría pura del derecho el término "validez" coincide con la expresión weberiana de "validez ideal". Los temas weberianos de la validez empírica corresponden, en la teoría pura del derecho, al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico, del cual entre otras cosas Kelsen no se ocupa particularmente, si bien no le niega ni importancia ni legitimidad. Pero, aun en la diversidad del objeto de análisis por parte del Weber sociólogo y el Kelsen jurista, y aun en la diferencia de terminología, ambos concuerdan en un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista, del sociólogo y del jurista, y respectivamente de las dos esferas, la esfera del ser y la del deber, sobre las cuales se colocan las dos ciencias: distinción que es negada o no reconocida por los mayores exponentes de la jurisprudencia sociológica. Con aquel elogio inicial a Weber, recordado poco antes, Kelsen concluye la crítica a los juristas sociologizantes que con la teoría predictiva del derecho, sosteniendo, por ejemplo, que existe una obligación cuando se puede prever con amplia probabilidad que una determinada acción tendrá una cierta consecuencia, pretenden haber resuelto totalmente la validez ideal en la validez empírica, y por lo tanto no admiten legitimidad de la existencia de una jurisprudencia normativa además de la jurisprudencia sociológica. Siguiendo a Weber, Kelsen sostiene, por el contrario, que la distinción es necesaria, y que el criterio propuesto por Weber para la distinción es justo, aun cuando más adelante Weber termina por caer en el mismo error en el cual cayó Austin al dar, o bien una definición sociológica del derecho subjetivo, o bien una definición que hace referencia a la probabilidad (predecibilidad) de un determinado acontecimiento.[18]

Aun cuando el acuerdo termina aquí, Kelsen no se queda en Weber. Va más allá. No se limita a afirmar la existencia de los dos punto de vista contra los sociólogos que los niegan, sino que respecto de los sociólogos, a diferencia de Weber, trastoca completamente la relación entre los dos puntos de vista, sosteniendo la primacía o la priodad del punto de vista jurídico sobre el sociológico. Es esta la tesis

[18] Kelsen se refiere al pasaje en el cual Weber define el derecho subjetivo en estos términos: "El hecho de que alguien, gracias a un orden jurídico estatal, tiene un "derecho" (subjetivo), significa, por tanto, en el curso normal... para la consideración sociológica: que posee una probabilidad garantizada efectivamente (...) de pedir la ayuda de un "mecanismo coactivo" preparado a tal fin en favor de determinados intereses (ideales o materiales)" *(Wirtschaft und Gesellschaft,* cit., p. 184, trad. It., cit., I, p. 314). (Esp.: 254).

que sostiene propiamente en polémica directa contra Weber (si bien ésta vale, naturalmente, no sólo contra Weber sino contra todos los sociólogos del derecho que presumen ignorar la teoría del derecho, tal como ha sido reconstruida por la teoría normativa). El principal argumento de Kelsen es el siguiente: ningún sociólogo del derecho está en condiciones de desarrollar una investigación de los comportamientos jurídicos de una sociedad dada, si no posee un criterio que le permita distinguir un comportamiento jurídico de uno que no lo es. Pero sólo la teoría del derecho puede proporcionar este criterio. "Sólo refiriendo tal comportamiento al derecho, concebido como sistema de normas válidas, al derecho tal como lo define la jurisprudencia normativa, es capaz la jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general".[19] Puede ser útil dar el ejemplo. Kelsen expone tres casos: *a*) la demanda de pagar una tasa con la amenaza de una pena; *b*) la demanda de la misma suma hecha por un bandido en un determinado lugar con la misma amenaza; *c*) la demanda de la misma suma hecha por un amigo para su propio sustento. ¿En qué aspecto, se pregunta Kelsen, la orden fiscal difiere de la orden del bandido, y ambas de la demanda del amigo? Es claro que en caso de que el individuo sometido a los tres requerimientos los satisfaga, la acción o el obrar social dotado de sentido, para usar la terminología de Weber, es, desde el punto de vista sociológico, la misma. Sin embargo, uno solo de estos tres actos corresponde a un comportamiento jurídico, y por lo tanto objeto de la sociología jurídica. El segundo es objeto de la sociología jurídica en cuanto sea considerado un acto de extorsión. La sociología jurídica no puede describir la diferencia entre los tres casos sin buscar referencia al derecho como conjunto de normas válidas, como sistema normativo, tal como es descrito por la teoría jurídica. No es que Weber no haya buscado definir el comportamiento jurídico, con el fin de determinar el objeto de la sociología jurídica. Pero, cuando define este objeto como el comportamiento humano orientado hacia un ordenamiento, considerado por él como válido, esta definición es, para Kelsen, insatisfactoria ya que es demasiado estrecha. El ejemplo que nos da Kelsen a este propósito es el del ilícito cometido sin que el culpable sea consciente de la existencia de una norma jurídica que lo castiga. En este caso nos encontramos con un comportamiento que no está orientado hacia un ordenamiento y que no obstante ello, la sociología del

[19] H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 211.

derecho no puede renunciar a hacerlo objeto de sus propias investigaciones. La conclusión es, una vez más, la necesaria dependencia de la sociología respecto de la teoría normativa. Con palabras del mismo Kelsen: "La jurisprudencia sociológica presupone el concepto jurídico del derecho, es decir, el concepto del derecho definido por la jurisprudencia normativa".[20]

La confrontación entre Weber y Kelsen hecha hasta aquí, considera el problema del método, respecto del cual se puede repetir la afirmación de Max Rheinstein, en su conclusión a la introducción de la edición norteamericana de la sociología jurídica weberiana, según la cual, si la mezcla de los dos métodos, jurídico y sociológico, sólo puede crear confusiones, la obra de Weber y de Kelsen en sus respectivos campos deben ser consideradas complementarias.[21] Hay otra confrontación que merece analizarse, respecto de una importante cuestión de contenido. Me refiero al problema, verdaderamente central de toda teoría del derecho, de la relación entre derecho y Estado. La argumentación de Kelsen tocante a los conceptos weberianos de derecho y Estado y su relación, es análoga a aquella utilizada respecto del método. Su principal argumentación, cuando afronta el problema de la relación entre derecho y Estado en Weber, es poco más o menos de esta naturaleza: Weber ha dado un paso adelante en relación a la tradición, pero se detuvo demasiado pronto. En la tradición, el derecho y el Estado siempre han sido considerados dos conceptos distintos, pero ligados entre sí: distintos en el sentido de que el Estado siempre ha sido considerado como una forma de poder (la soberanía es *summa potestates*), mientras que el derecho, por el contrario, como una forma de norma o regla de conducta (de donde surgen los problemas clásicos de los diversos tipos de poder en la teoría del Estado y de las diversas especies de normas en la teoría del derecho); ligados, en el sentido de que el poder estatal crea derecho, aunque no todas las normas jurídicas son de origen estatal, y aunque el derecho regula también el poder del Estado, y si bien no todo el poder estatal, al menos según una tradición bien conciliada, puede ser regulado por el derecho. Con el avance del positivismo jurídico, que ha marcado fronteras siempre más rígidas entre derecho y moral por un lado, y derecho y política por el otro, y ha emprendido un proceso de una siempre mayor tecnificación del derecho público, se

[20] *Ibidem*, p 212.
[21] M. Weber, *Law in economy and society*, cit., pp. LXXI.

ha venido acentuando la tendencia a tratar al Estado desde el punto de vista del derecho o, si se me permite designar esta tendencia con una sola palabra, a "juridizar" el Estado. Esta tendencia es clara, según Kelsen, en Weber. En el libro, que ya he citado, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Kelsen distingue las doctrinas que consideran al Estado como un presupuesto del derecho respecto de aquellas que consideran el derecho como un presupuesto del Estado. Weber es colocado (junto a Stammler y otros) en la segunda categoría. Kelsen reconoce a Weber el mérito de haber considerado al Estado como ordenamiento jurídico y así haberse contrapuesto de manera radical a las doctrinas sociológicas del Estado que lo consideran o tratan como una "realidad social".

Ciertamente, en Weber los conceptos de derecho y Estado se reclaman recíprocamente, aun cuando ninguno subsume al otro. El término común a ambos es la coacción, término que tiene también un lugar central en la teoría kelseniana. El concepto de coacción tiene una parte importante, esencial, tanto en la definición del derecho, en tanto sirva para distinguir el derecho de la convención, como en la definición del Estado, en tanto sirve para distinguir al Estado como grupo político de la Iglesia, por ejemplo, como grupo hierocrático. Es necesario, sin embargo, agregar inmediatamente que aquello que caracteriza al derecho y al Estado no es solamente la coacción. Para la definición del derecho es esencial también el concepto de "aparato", en el sentido de que un orden debe llamarse "derecho", según Weber, cuando "está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión".[22]

Para la definición del Estado es esencial el concepto de monopolio de la fuerza (y por lo tanto de la posibilidad de la coacción), ya que el Estado, para Weber, solamente puede ser definido recurriendo al medio específico, que es justamente el monopolio de la coacción física, y no mediante el fin, toda vez que los fines históricos de los Estados han sido y pueden ser los más diversos. Ya que el aparato es esencial al derecho, parece inconcebible un Estado que no sea también un ordenamiento jurídico, mientras que, definiendo el Estado sólo mediante la organización del monopolio de la fuerza, es concebible, en el sistema weberiano, un ordenamiento jurídico que no sea Estado. "No

[22] *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 17 (trad. It., cit., I, p. 31). (Esp. p. 27).

todo derecho (objetivo) está garantizado por la 'fuerza' (perspectiva de coacción física)". Para poder hablar de derecho, al sociólogo le basta constatar si para el empleo de la coacción jurídica (*Rechtsswang*), que prescinda del uso de la fuerza, "se halle 'ordenado' el uso del aparato coactivo (...) y que posea de hecho un peso tal que, por término medio, exista un grado prácticamente importante, la probabilidad de que una norma válida sea observada a consecuencia de la existencia de aquella coacción jurídica". La identificación del Estado con el derecho en un determinado territorio es un fenómeno característico del Estado moderno, vale decir, es un hecho histórico. Lo que se ha dado porque "hoy la coacción jurídica violenta es un monopolio del Estado", pero sigue siendo verdadero que se puede hablar de "derecho estatal", lo que significa "garantizado por el Estado", "cuando y en la medida en que la garantía, la coacción jurídica, se establece mediante los medios coactivos específicos, es decir, directamente físicos, en el caso normal de la comunidad política".[23]

Todo el que tenga alguna familiaridad con el pensamiento weberiano, no tarda en darse cuenta del estrechísimo nexo que existe entre la teoría weberiana y aquella kelseniana del derecho y del Estado respecto del planteamiento general, de la posición central del concepto de coacción, de la definición meramente instrumental del derecho y del Estado, del rechazo de cualquier referencia a los fines, si bien el derecho para Kelsen, y no el Estado, debe ser definido ateológicamente (como "técnica social específica"), de la concepción del Estado como monopolio de la fuerza y así sucesivamente.

Resultaría demasiado fácil observar que estas analogías dependen del hecho de que ambos pertenecen al movimiento del positivismo, a través del cual se da el proceso de juridización del Estado y de estabilización del derecho, por obra del cual el derecho es cada vez más identificado con el conjunto de normas ligadas directa o indirectamente con el aparato coactivo (que en su forma más completa es propiamente del Estado). Entre otras cosas, mientras Kelsen es un positivista declarado y elabora una verdadera y propia teoría del positivismo jurídico, Weber puede ser positivista sólo en el sentido que reconoce en el proceso de formación del Estado moderno un proceso de progresiva positivización del derecho y, por esta razón, de progresiva eliminación de toda forma de derecho que no sea impuesta por el Estado (se trata del *Gesatzes Recht*), vale decir, de las otras tres

[23] *Ibidem*, p. 183 (trad. It., I, p. 312). (Esp. 253).

formas de derecho vigentes en otras épocas, entre las cuales se encuentran el derecho natural, cuya validez emerge, sobre todo, en las épocas revolucionarias (cuando las otras formas de derecho que son, además del derecho estatuido, el derecho revelado y el derecho tradicional, entran en crisis). La distinción entre derecho positivo y derecho natural reposa, en la teoría pura del derecho, sobre diferencias esenciales de las cuales las dos principales son la distinción entre validez formal, propia del derecho positivo y validez material, propia del derecho natural, y la distinción entre sistema dinámico, propio de un ordenamiento jurídico, y sistema estático, propio de los ordenamientos éticos. La diferencia es tal que el derecho natural no puede ser llamado "derecho" en la misma medida que se llama "derecho" al derecho positivo y al final, siguiendo el razonamiento kelseniano hasta sus últimas consecuencias, el derecho natural no es derecho, de donde, a justo título, la teoría pura del derecho se propone como una teoría del derecho positivo. Para Weber, por el contrario, la positivización del derecho es un fenómeno histórico; es un proceso característico del Estado moderno, es decir, del Estado legal-racional, en el cual el poder soberano se sobrepone a todas las otras formas tradicionales de derecho, entre las cuales encontramos también el derecho natural, que entre otras cosas queda como la forma legítima y específica de los ordenamientos creados mediante revoluciones. En otras palabras, la llegada del Estado moderno merece la edad de la preeminencia, por no decir de la exclusividad, del derecho estatuido, que es el derecho creado por el legislador sobre las formas más arcaicas de derecho, que son el derecho revelado y el derecho tradicional, pero también sobre el derecho natural, definido como "el tipo más puro de validez racional con arreglo a valores" [24] el cual, por cierto, "ha constituido siempre la forma de legitimidad específica de los ordenamientos en los cuales las clases que se rebelan contra el ordenamiento existente conferían una legitimidad a sus aspiraciones de creación jurídica, cuando no se apoyaban en normas y revelaciones de una religión positiva".[25]

¿En qué sentido se puede decir, como he dicho, que para Kelsen, Weber se detiene demasiado pronto? En los términos más breves posibles se puede decir como sigue: Weber ha reconocido que el Estado es un ordenamiento jurídico, pero no ha llegado a reconocer que el Estado no es nada fuera del ordenamiento jurídico, o bien, que,

[24] *Ibidem*, p. 19 (trad. It. 1, p. 34). (Esp. 30).
[25] *Ibidem*, p. 497 (trad. It., 2 p. 175).

una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, el Estado desaparece como una entidad diversa del derecho, como un ente que tiene una realidad diversa del ordenamiento jurídico que le regula sus varias actividades. En la obra tantas veces citada en la cual Kelsen, recurriendo a una osada analogía con las disputas teológicas, parangona la disputa entre teístas, que contraponen Dios y mundo, y panteístas, que hacen a Dios inmanente al mundo, con la disputa entre juristas dualistas que distinguiendo el derecho del Estado atribuyen al Estado una realidad distinta del derecho, y juristas monistas que no reconocen ninguna trascendencia del Estado respecto del derecho. Es reconocido a Weber el mérito de haber construido, si bien no intencionalmente, una teoría del Estado como ordenamiento jurídico, de donde la premisa, en las primeras líneas del *Auseinandersetzung*, de que las investigaciones weberianas confirman "que todos los esfuerzos hechos para determinar la esencia del Estado en vía extrajurídica, en modo particular sociológica, llegan siempre a una más o menos enmascarada identificación del concepto buscado con el concepto del ordenamiento jurídico; [26] y la conclusión, al final del análisis punto por punto, que "la sociología del Estado se devela como una doctrina del derecho (*Rechtslehre*)".[27] No obstante, el reconocimiento de este mérito no basta para considerar la doctrina del Estado de Weber como idéntica a la teoría del Estado propia de la teoría pura del derecho. Es solamente la teoría pura del derecho la que llega al pleno convencimiento de que, una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, no hay nada de más en el concepto tradicional de Estado, que no exista ya en el del derecho, así como, una vez resuelto Dios en la naturaleza, a la manera de los panteistas, no existe en el concepto de Dios nada de más que no exista ya en el concepto de naturaleza. En otras palabras, que el Estado siga un ordenamiento jurídico, significa que todos los actos atribuibles al Estado son actos jurídicos, en cuanto actos de producción o de ejecución de normas jurídicas, entendido el derecho como ordenamiento coactivo, y entendidas las normas jurídicas como normas pertenecientes a este tipo de ordenamiento.

En el sistema conceptual de Weber, derecho y Estado ocupan dos posiciones diversas. En el sistema conceptual de Kelsen no hay lugar para un concepto de Estado distinto del concepto de derecho. El Esta-

[26] H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische staasbegriff*, cit., p. 156.
[27] *Ibidem*, p. 169.

do en la teoría kelseniana es un tipo de ordenamiento jurídico, especialmente aquel tipo de ordenamiento jurídico que está caracterizado por "un cierto grado de centralización".[28] Por consiguiente, mientras que para Weber la teoría del Estado estructurada sobre la base de la teoría del poder y las diversas formas de poder, es distinta de la teoría del derecho, en Kelsen la teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho. Tal identificación de derecho y Estado ha sido favorecida por la misma definición de derecho a la cual Kelsen llega gradualmente (que será expuesta claramente y en modo definido en el *Allgemeine Staatslehre* de 1925), según la cual la fuerza no es el medio para la realización del derecho, sino el contenido de las normas jurídicas, y por lo tanto, el derecho es concebido como el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza (el uso de la fuerza en el Estado moderno está monopolizado por el poder político). Allí donde la fuerza, en la forma de poder coativo, es considerada como medio para la actuación del derecho, o para decirlo mejor, de normas de conducta que, en cuanto reforzadas por la coacción, son habitualmente llamadas normas jurídicas, el Estado, en cuanto detentador del poder de usar la fuerza con exclusión de cualquier otro en un determinado territorio, puede ser presentado como un ente diverso y distinto del conjunto de normas jurídicas. Diversamente, allí donde, como en la teoría de Kelsen, que será más adelante seguida por Ross, y acogida, independientemente de Kelsen, por Olivecrona, el uso de la fuerza, de la cual tiene el monopolio el poder coactivo del Estado, es el contenido de las normas jurídicas, el Estado como ente autónomo desaparece y no queda más que el ordenamiento jurídico como ordenamiento de la fuerza (*Zwangsordnung*).

Más allá de las confrontaciones textuales entre Weber y Kelsen, sobre las cuales me he detenido hasta ahora, el problema de la relación Weber-Kelsen puede ser también afrontado desde un punto de vista más general, al cual he dedicado algunas páginas de un escrito anterior.[29] Según Weber, la formación del Estado moderno se caracteriza por un proceso de racionalización formal, proceso que da lugar a aquella forma de poder legítimo que Weber llama legal-racional. La característica del poder legal-racional es la de ser un poder regulado a todos los niveles, del más bajo al más alto, por leyes, vale decir, por

[28] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 134.

[29] "Struttura e Funzione della teoria del diritto di Kelsen", in *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 208-210.

normas generales y abstractas puestas por un poder *ad hoc*. A mí me parece que la construcción en grados del ordenamiento jurídico, con la que culmina la teoría pura del derecho, es una fiel representación, o la representación más adecuada, del Estado legal-racional, cuya formación constituye, según Weber, la línea de tendencia del Estado moderno. En otras palabras, la teoría estructural de Kelsen (estructural en el sentido que define el derecho y por consecuencia el Estado a partir de la estructura del ordenamiento jurídico), se presenta en estrecha conexión con la estructura del Estado moderno, entendido weberianamente como Estado legal-racional. Lo que no significa que Kelsen, no obstante su pretensión de elaborar una teoría general del derecho, válida para los sistemas jurídicos de todos los tiempos, haya construido una teoría válida solamente para un tipo histórico de Estado. Lo que significa que una completa teoría del sistema jurídico, como sistema normativo complejo, y por sistema normativo complejo entiendo un sistema en el cual están regulados, por el derecho también, los actos que producen derecho, no podía nacer sino de una continua reflexión sobre la formación del Estado moderno en el cual la racionalización y legalización de los procesos de producción jurídica hace más evidente la estructura piramidal del ordenamiento, o bien, permite percibir que el ordenamiento normativo, el cual damos el nombre de ordenamiento jurídico, es un universo estructurado de un cierto modo. Es un hecho que cuando Kelsen describe la progresiva juridización del Estado moderno, al grado de llegar a la reducción del Estado al derecho, observa el mismo proceso que Weber utiliza en la formación del poder legal que acompaña el desarrollo del Estado en el periodo histórico. Entre Kelsen y Weber se podría, a este propósito, establecer la siguiente relación: el Estado es el mismo ordenamiento jurídico (Kelsen) en cuanto el poder se ha legalizado completamente (Weber). Lo que distingue al Estado de otros ordenamientos jurídicos de las sociedade preestatales o del ordenamiento internacional, es un cierto grado de organización, o bien la existencia de órganos "que trabajan según las reglas de la división del trabajo para la producción y aplicación de las normas por las cuales éste ha sido constituido".[30] Cuando Kelsen precisa que la presencia de esta organización para la producción y la aplicación del derecho comporta la consecuencia de que la relación definida como poder estatal se diferencia de las otras relaciones de poder por el hecho de ser éste mismo regulado por normas jurídicas, no parece muy le-

[30] Kelsen, *La doctrina pura del derecho*, Einaudi, Torino, 1966, p. 318.

jos de la descripción de aquel poder legítimo que es el poder legal, cuya característica principal es la de tener aparatos especializados como el aparato judicial y el administrativo (pero Kelsen agrega el aparato legislativo) que actúan en los límites de reglas generales y abstractas constitutivas del ordenamiento.

Bien entendido, la representación kelseniana se encuentra en un nivel superior de abstracción respecto a la weberiana. Sin embargo, como ya he observado, Kelsen se propone elaborar una teoría general del Estado, mientras Weber describe un tipo ideal de Estado que está históricamente individualizado. Tanto es así, que para Kelsen la teoría pura del derecho, en cuanto teoría formal, debería valer para toda forma posible de Estado, y específicamente, como repite más de una vez para defenderse de las acusaciones provenientes de opositores, tanto para el Estado capitalista como para el socialista; mientras que Weber, describiendo el Estado legal-racional, cuyo fenómeno específico es el fenómeno de la burocratización, pensaba que el modelo valía solamente para los Estados capitalistas, del análisis de los cuales el modelo había sido obtenido. Los Estados socialistas del futuro, cuyo primero, grandioso y conjuntamente trágico experimento, se estaba desarrollando bajo sus ojos en los últimos años de su vida, habrían expresado nuevas formas de racionalidad material.

# KELSEN Y MARX *

Ricardo GUASTINI

SUMARIO: I. *Premisa.* II. *Kelsen, intérprete de los textos marxistas.* III. *La concepción clasista del Estado.* IV. *¿Democracia? "sustancial"?* V. *La antinomia de la extinción del Estado.* VI. *Observaciones marginales a la crítica de las utopías.* VII. *El derecho como infraestructura y como ideología.* VIII. *El derecho como relación y como ordenamiento.* IX. *¿Justicia sin derecho?* X. *Reglas técnicas y reglas jurídicas en la sociedad comunista.* XI. *Kelsen, jusrealista a su pesar.*

## I. PREMISA

En este trabajo me propongo analizar algunas de las numerosas críticas dirigidas por Hans Kelsen a las doctrinas políticas y jurídicas del marxismo.[1] Las críticas kelsenianas que en particular pretendo exa-

* Publicado en *Sociologia del diritto*, 2/1982, bajo el título "La ambigua utopia. Marx criticato da Kelsen", pp. 5 y ss. Traducción de Agustín Huerta Bortolotti, del Centro de Traducciones de la UAP, revisada por Óscar Correas.

[1] De una vez menciono todos los escritos de Hans Kelsen que usé: *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, 1920, II edición ampliada, 1923 (traducción italiana *Socialismo e stato*, al cuidado de R. Rocinaro Bari, 1978); "Die politische Theorie des Sozialismus", Österreichische Rundschau, XIX, 1923, 113-135; "Marx oder Lasalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus", Leipzig, 1924 (traducción italiana en *Socialismo e stato*, cit.); *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. revisada, Tübingen, 1929 (traducción italiana en H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, II ed. documentada con un ensayo de N. Matteucci, Boloña, 1966); "Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistisch Geschichtsauffassug", *Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik*, LXVI, 1931, 449-521 (trad. ital. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, al cuidado de F. Riccobono, Roma, 1979); "The Law as a Specific Social Technique", 1941, ahora en H. Kelsen, *What is Justice? Justice Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley and Los Angeles, 1957 (trad. ital. en H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo*, cit.); "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", 1949, ahora en *What is Justice?*, cit. (trad. ital. en *I fondamenti della democrazia*, cit.); The Communist *Theory of Law*, New York, 1955 (trad. ital., *La teoria comunista del diritto*, al cuidado de G. Treves, Milano, 1956); "Foundations of Democracy", *Ethics, LXVI*, 1955, n. 1, pt. II, 1-101 (trad. ital. *I fondamenti della democrazia*, cit.); "Das Problem der Gerechtigkeit", en apéndice a H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960 (trad. ital., *Il problema della giustizia*, al cuidado de M. G. Losano, Torino, 197?.

minar tratan sobre los siguientes temas: 1. La concepción clasista del Estado; 2. La doctrina de la democracia "sustancial"; 3. La doctrina de la extinción del Estado; 4. La teoría del derecho como forma ideológica; 5. La teoría del derecho como relación social; 6. La doctrina comunista de la justicia; 7. El destino del derecho en la sociedad comunista.[2]

## II. Kelsen, intérprete de los textos marxistas

Para empezar, pretendo hacer algunas observaciones en torno a las técnicas interpretativas adoptadas por Kelsen con relación a los textos marxistas y marxianos. Bajo este perfil el trabajo de Kelsen presenta algunas peculiaridades.

Es conocido, y ha sido señalado en muchas ocasiones, que el léxico marxista es intrínsecamente vago y ambiguo; por ejemplo, el vocablo "estado" tiene en los textos marxistas diferentes acepciones. A veces "estado" significa predominio político de una clase; otras significa organización coercitiva de la conducta humana; algunas más significa monopolio o centralización de las decisiones y del uso de la fuerza; y otras veces significa las funciones políticas como tales.[3]

Sería normal que un intérprete, más si está animado con intenciones críticas, hiciera notar esta imprecisión semántica, que entre otras cosas incide profundamente en las doctrinas políticas marxistas; por ejemplo, sobre la doctrina de la extinción del Estado. Sin embargo, Kelsen no señala, y tal parece que ni siquiera sospecha estas ambigüedades lexicales; al contrario, atribuye a los marxistas el uso kelseniano del vocablo "estado", por lo que, donde lee la palabra "estado" él entiende: ordenamiento jurídico relativamente centralizado.

Otro ejemplo: Los marxistas hablan de "dictadura" (y como veremos, de "democracia") en diferentes sentidos. Con "dictadura" ellos a veces entienden dominio de clase sin considerar las formas político-organizativas y jurídicas asumidas por tal dominio. Otras veces la entienden como un ejercicio despótico del poder. Esta falta de cons-

[2] Dejo de lado aquí las críticas de Kelsen a la epistemología marxista. Al respecto envío a: R. Guastini, *Lezioni de teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pt. II; Id., "Introduzione", en H. Kelsen, *La teoria politica del bolchevismo, cit.*

[3] *Cfr.* R. Guastini, "Sulla questione dello stato. Un approccio analitico", *Politica del diritto*, 1977; *id.*, "Oltre il leninism" en R. Guastini (ed.), *La democrazia vanificata*, Ottaviano, Milano, 1979.

tancia semántica ya ha sido señalada. Por ejemplo, en el primer sentido de "dictadura", el sintagma "dictadura democrática", por mucho que suene como un abuso lingüístico", no es en rigor autocontradictorio.[4]

En verdad esto sería un argumento algo fuerte contra la doctrina, por cierto nada cristalina, de la dictadura del proletariado. No obstante, Kelsen —no educado a la escuela del *philosophical analysis*— no señala las diversas acepciones de "dictadura". De la identidad de un lexema él acríticamente arguye la identidad de un concepto.

He tomado dos ejemplos solamente pero que caracterizan muy bien las posiciones interpretativas kelsenianas. En general se puede decir que Kelsen es un intérprete formalista; lo que pretendo decir es que Kelsen: 1. Prefiere siempre la interpretación literal y no se aventura a indagar la "voluntad del legislador" (en este caso del autor criticado), o los diferentes sentidos posibles de un mismo texto en diferentes circunstancias; 2. Tendenciosamente atribuye a las palabras significados no deducidos del contexto, sino extraídos de un lenguaje extratextual ya codificado (el lenguaje de la *Teoría pura del derecho*); 3. No señala casi nunca oscilaciones lexicales e imprecisiones semánticas.

Agregaría que frente a un enunciado que admite ser interpretado alternativamente como proposición empírica o como definición (estipulativa). Kelsen prejuiciosamente escoge la segunda alternativa. De esto daré un ejemplo más adelante. En conjunto, por estas razones, Kelsen es un crítico despiadado pero no un intérprete muy penetrante de los textos marxistas.

## III. La concepción clasista del Estado

Kelsen pone de relieve dos tesis sobre el Estado elaboradas por el marxismo:

I. El Estado es una organización del dominio de clase, dirigida a la conservación de la explotación económica en perjuicio de la clase oprimida.

II. También en el primer estadio de la sociedad comunista habrá un Estado: la dictadura del proletariado, que es una organización del

[4] *Cfr.* R. Guastini, "Note sparse su Marx e il diritto da un punto di vista analitico", en *Problemi della sanzione-Società e diritto in Marx*, Atti del XII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Ferrara, 2-5 ottobre, 1978), vol. II, al cuidado de R. Orecchia, Bulzoni, Roma, 1979.

dominio de clase cuya finalidad no será la explotación sino la supresión de ésta.

La primera tesis puede ser interpretada de dos modos: 1. como proposición empírica refiriéndose a todos los Estados históricos que hasta hoy han existido; 2. como proposición analítica, que no dice nada en torno a los Estados históricos, pero define estipulativamente el vocablo "estado" (aunque poco importa que con frecuencia tal proposición sea formulada como una definición real).

Para mí, no hay duda de que en el pensamiento marxista, tal tesis tiene, o pretende tener, carácter empírico (de generalización inductiva), y no carácter analítico. Kelsen, sin embargo, lo entiende como proposición analítica, por lo que, entonces, es fácil para él destacar una antinomia lógica entre las dos tesis: si el Estado es, por definición, organización de una clase para conservar la explotación de otra clase, ¿cómo puede la dictadura proletaria tender a la abolición de la explotación y merecer todavía el nombre de "estado"?

Para Kelsen, el Estado es en sí una organización de dominio, en cierto sentido. En el sentido de que el Estado es un ordenamiento coercitivo: un ordenamiento que usa la coacción como técnica de orientación de la conducta. Pero es falso, para Kelsen, que la coacción sea necesariamente usada ventajosamente por una clase y a favor de ella. El Estado (o lo que es lo mismo, el derecho) puede tener cualquier contenido social y por lo demás también el derecho empírico de los Estados capitalistas no está tan unívocamente connotado en su contenido social como quisieran los marxistas.

Se entiende que la antinomia que encuentra en la concepción marxista de Estado, es utilizada por Kelsen, por una parte, para desacreditar la concepción marxista misma, y, por otra, para acreditar la concepción de la *Teoría pura*.

Contra la segunda de las tesis mencionadas, Kelsen observa que aún desde un punto de vista interno del marxismo, no tiene sentido representar a la dictadura proletaria como un dominio de clase. El término "clase", en el léxico marxista, identifica a un grupo social caracterizado por su situación económica; también se refiere al conjunto de los explotados y al de los explotadores. Pero una vez socializados los medios de producción, ni la burguesía ni el proletariado son más una clase en sentido propio. En todo caso, habiendo desaparecido la relación económica que los unía anteriormente ¿no sería la dictadura proletaria un dominio de partido más que de clase?

Un importante indicio en tal sentido lo encontramos en la doctrina marxista de la mutación revolucionaria, con frecuencia representada como la "ruptura de la máquina estatal". Kelsen observa que tal locución no es unívoca, que puede significar cuatro cosas diferentes: *a*) sustitución del viejo orden estatal por un nuevo y análogo ordenamiento; *b*) sustitución del ordenamiento por una situación de anarquía; *c*) sustitución, en el interior del viejo ordenamiento, de los órganos, o sea de los hombres cuyos actos, por virtud de una norma de competencia, valen como actos del Estado; *d*) sustitución del ordenamiento y de los hombres. Parece claro que aquí la "ruptura de la máquina estatal" significa lo indicado en el inciso *d*), desde el momento en que los marxistas lo entienden como instauración de la dictadura proletaria en el lugar de la democracia burguesa. En resumen, la dictadura proletaria es: nuevo ordenamiento y nuevos hombres en los puestos de mando; o sea, nueva Constitución política y nuevo partido de gobierno. Esta es una confirmación de que la dictadura del proletariado se convierte en una dictadura de partido.

Toda la cuestión del Estado proletario es afrontada por Kelsen también bajo otro perfil. Admitamos, dice Kelsen, que en la sociedad comunista, o en una de sus primeras fases, sobrevive aún una clase proletaria que detente el poder político. ¿En qué sentido esta clase puede decirse "proletaria"? Evidentemente en el sentido de que sus miembros aún son explotados por una burguesía, situación comprensible si se acepta la idea, del todo razonable, de que la explotación no puede ser abolida completamente de un día para otro. Sin embargo, emerge aquí una antinomia ulterior en el interior de la doctrina marxista, y es precisamente una antinomia entre el postulado fundamental del materialismo histórico y la teoría del Estado proletario.

Ese postulado del materialismo histórico afirma que las infraestructuras políticas están (en todos los sentidos) determinadas y condicionadas por las relaciones de producción. Si tal postulado es cierto, ¿cómo es posible que una clase dominada (explotada) en las relaciones de producción sea al mismo tiempo dominante en infraestructura política?

## IV. ¿Democracia "sustancial"?

El pensamiento político marxista no ha logrado nunca expresar una posición unívoca y definitiva respecto de la democracia. En los textos marxistas se lee a veces que la democracia es la envoltura política

ideal del capitalismo; otras veces se puede leer que la democracia es la forma política específica del socialismo (y/o de la dictadura proletaria). No hay duda por lo tanto de que el socialismo es la genuina realización de la democracia, tal vez de una democracia "sustancial", opuesta a la democracia "formal" burguesa.[5] Tales opiniones contrastantes son posibles por falta de claridad en el significado de "democracia", vocablo de la semántica —diría Uberto Scarpelli—, notoriamente licenciosa.

Parece evidente, pues, que:

I. Cuando hablan de un "nexo inseparable" entre capitalismo y democracia, los marxistas usan "democracia" precisamente en el sentido más común: un conjunto de reglas de procedimiento para la formación del derecho (representación, sufragio universal, principio de mayoría, etcétera).

II. Cuando hablan de un "nexo inseparable" entre socialismo y democracia, con frecuencia los marxistas emplean "democracia" con otro significado y no para denotar procedimientos de formación de la voluntad colectiva. En estos casos, "democracia" —además de connotar muy favorablemente su designado— puede denotar alternativamente: 1. el hecho que el proletariado, o bien todo el pueblo, sea políticamente soberano independientemente de un procedimiento específico de formación de las decisiones; 2. el hecho de que en el Estado se tomen —no importa quién ni con qué procedimiento—, resoluciones cuyo contenido sea "proletario" o bien "popular" en razón de los intereses que son favorecidos o tutelados por aquél.

En fin:

III. Cuando hablan de "democracia formal", los marxistas aluden también a los procedimientos de resolución.

IV. Cuando hablan de "democracia sustancial", aluden al contenido económico-social de las resoluciones (o sea al contenido del derecho) prescindiendo de los procedimientos.

Kelsen no destaca estas ambigüedades semánticas y pragmáticas en los usos marxistas del vocablo "democracia". Él dice que "democracia" no designa otra cosa que una forma de Estado, es decir, un modo particular, un método, o un procedimiento de producción del derecho. Se tiene democracia no cuando el derecho tiene un cierto contenido de

[5] A este respecto se puede consultar el texto de Lenin, *Stato e rivoluzione*, 1917, del cual surge claramente la contradictoria posición de los marxistas hacia la democracia.

preferencia sobre otro: se tiene democracia en el momento en que el derecho, cualquiera que sea su contenido, es creado por los mismos individuos que le están sujetos, cuando creadores y destinatarios de las normas jurídicas coinciden. "Democracia" es sinónimo de "autodeterminación" (aun cuando el principio de determinación es realizado en los Estados modernos sobre la base de numerosas adaptaciones y limitaciones).

En esta definición estipulativa (explictiva) de "democracia", hay ya una inmanente y severa crítica de las contrastantes posiciones marxistas. En efecto: *a*) el sintagma "democracia sustancial" no es más que un oxímoron [5 bis] tal vez dotado de carga emotiva pero sin referente, pues la democracia es precisamente una forma; *b*) como simple método de producción del derecho, la democracia puede ser empleada para producir cualquier tipo de derecho, es decir, para producir indistintamente normas con tal o cual contenido económico-social; *c*) no tiene sentido, por lo tanto, presentar la democracia como una forma necesaria del capitalismo, del socialismo o de cualquier otra cosa. No hay ninguna conexión necesaria entre la forma de producción y el contenido del ordenamiento jurídico.[6]

Por último, Kelsen dedica algunas palabras a la fórmula, a veces usada por los marxistas de democracia como "gobierno por el pueblo". Obviamente, como procedimiento, la democracia es, para Kelsen, gobierno "del" pueblo. La palabra de orden "gobierno por el pueblo", aparte el abuso terminológico, es un *slogan* vacío, idóneo para justificar un tipo de gobierno cualquiera. Cada gobierno, en efecto, puede afirmar que actúa en interés del pueblo, pero no hay algún criterio objetivo, de hecho, para saber cuál es el interés popular.

## V. La antinomia de la extinción del Estado

El tema de la doctrina política marxista, sobre el cual Kelsen insiste más, es la extinción del Estado. A esta idea le hace dos críticas: una interna y otra externa.

[5 bis] *Oxímoron:* relación sintáctica de dos antónimos. Ej.: la música callada, la oscura claridad (N. del E.).

[6] Del discurso de Kelsen resulta que el socialismo es compatible con la democracia (aunque ésta no es en absoluto "resoluble" en aquél). Con la que el socialismo no es nada compatible es con el liberalismo, según Kelsen. En efecto socialismo y liberalismo son diversos e incompatibles contenidos posibles de un ordenamiento estatal.

Es necesario decir que Kelsen interpreta el pensamiento marxista como signado por una antinomia irreconciliable: la antinomia entre una doctrina económica centralista autoritaria y una doctrina política anarquista.

El comunismo prefigurado por Marx debería ser una sociedad rígidamente organizada bajo el perfil económico, pero sorprendentemente sin organización política. Esto no parece posible. Obviamente el destacar esta contradicción interna es una crítica realmente penetrante. No obstante queda la duda de que tal vez el pensamiento marxista sea tan antinómico como afirma Kelsen. Según Marx, la hipótesis y el auspicio de la desaparición del Estado están fundados sobre la idea de que la sociedad comunista —precisamente porque está perfecta y rígidamente organizada en su vida económica— no tiene problemas de ningún tipo, especialmente sociales (entre clases), ideológicos, éticos y políticos.

Por esta razón, no estoy seguro de que la sociedad comunista, aun sin Estado, pueda llamarse anárquica. Me parece que una sociedad sin conflictos, homogénea, integrada, puede legítimamente considerarse una sociedad totalitaria. La comunista, es una sociedad que realiza un control profundo en la vida de sus miembros, sin necesidad de constricción, es cierto, pero solamente porque los valores —se supone— están completamente interiorizados por todos los componentes del grupo social, de tal manera que cualquier posibilidad de conflicto o motivo para usar la fuerza están excluidos.

Otra crítica interna sería posible contra la doctrina de la extinción del Estado. Tal doctrina es intrínsecamente vaga y ambigua, si no fuera por la semántica inconstante del vocablo "estado" en la forma en que es usado por los marxistas. Kelsen no recela de esta indeterminación de la doctrina por el hecho de que él atribuye al marxismo el concepto unívoco de Estado elaborado por la *Teoría pura*.

Por lo tanto, Kelsen interpreta la doctrina en cuestión como profecía del venir a menos todo ordenamiento coercitivo relativamente centralizado. Después rebate esta profecía con una acusación de utopismo: la sociedad sin Estado es un proyecto irrealizable por tres razones: 1. Aun sin conflictos económico-sociales es probable que una sociedad colectivista sufra conflictos de otro tipo. Para regular estos conflictos, de la naturaleza que sean, es necesario un ordenamiento coercitivo; 2. el proyecto de una sociedad sin Estado no está fundado sobre experiencia alguna; 3. este proyecto está destinado a chocar con la naturaleza humana (egoísmos individuales, etcétera). Una variante no-

table en la doctrina de la extinción del Estado está representada por la formulación de Engels (retomado y enfatizado por Lenin), según la cual, en la sociedad comunista no habría "gobierno sobre los hombres" sino "administración de las cosas" y "dirección de los procesos productivos". La crítica kelseniana a este respecto es obvia. "Administrar" y "dirigir" significa regularmente disciplinar, pero las "cosas" y los "procesos productivos" son susceptibles de reglamentación sólo mediatamente, no directamente. Solamente el comportamiento humano hacia las cosas puede ser guiado por reglas. Organizar la producción no significa otra cosa que disciplinar coercitivamente la conducta humana en la producción. Por lo tanto, la fórmula engelsiana, salvo su valor literario, no tiene sentido.

## VI. Observaciones marginales a la crítica de las utopías

Intuitivamente, la acusación de utopismo dirigido a la doctrina anarco-marxista de la extinción del Estado parece justa. Es lícito, sin embargo, hacer algunas observaciones al respecto.[7]

Ante todo, se puede notar que hay utopías de diferentes tipos. Las más difundidas son las que idealizan una condición humana pretérita: a veces la comunidad arcaica, otras el mundo medieval. Otras utopías —como las Robinsonadas escarnecidas por Marx— idealizan por el contrario cualquier aspecto del Estado presente, más o menos disfrazado, para posteriormente fabricar su apología. Otras proyectan un mundo futuro que no se parece ni al pasado ni al presente. Yo diría que la utopía anarco-marxista pertenece precisamente a este último grupo, y contra ella sólo se puede decir que es irrealizable, aunque sea, en general, un argumento bastante débil.

La opinión de que un modelo sea irrealizable debería ser probado por quien sostiene tal opinión. Pero no me parece que se pueda probar que un modelo es irrealizable diciendo que no corresponde a la realidad actual o no se adapta a la naturaleza humana. Respecto del argumento de la naturaleza humana, es sabido que tal admisión tiene carácter metafísico en sentido lato y además volutativo. Respecto del argumento de la no correspondencia entre modelo y realidad presente es necesario destacar un equívoco. No se puede probar que un modelo sea irrealizable aduciendo que éste, de hecho, no es realizado. Un

[7] Al respecto, *cfr.* también A. Baldissero, "Utopia", en N. Bobbio y N. Matteucci (eds.) *Dizionario di politica*, Torino, 1976.

discurso prospectivo es, por definición, un discurso prescriptivo no descriptivo: delinea modelos de sociedad y por lo tanto modelos de comportamiento. La utopía entonces no describe las cosas como son, prescribe como deben ser. En tal sentido, ¿cómo puede encontrar correspondencia en el mundo presente? ¿De qué manera podría estar fundado sobre la experiencia? Parece entonces que lo mejor que hay que hacer, respecto de un modelo de sociedad, si es el caso, es criticarlo. Si es defectuoso, sus defectos no serán el intrínseco utopismo o la impracticabilidad a partir de la realidad presente; sino que, más bien, sus defectos serán sus contradicciones internas (como la destacada por Kelsen respecto del modelo comunista). Y, además: su improponibilidad respecto de otros valores compartidos o respecto de otros valores de las cuales se asume la superioridad.

Kelsen, fiel a su propósito de mantenerse en el terreno científico, no aventura una evolución de la doctrina comunista de la extinción del Estado. Sin embargo, mi impresión es que Kelsen ni siquiera captó las implicaciones totalitarias del ideal comunista. No me refiero al totalitarismo implícito en la reglamentación capilar de la vida económica, situación que por supuesto no pasó inadvertida para Kelsen, sino que me refiero al totalitarismo implícito en el ideal de una sociedad sin conflictos, por lo demás explícito en la doctrina moderna de la "hegemonía".[8]

## VII. El derecho como infraestructura y como ideología

Son tesis conocidas de la teoría jurídica marxista aquellas según las cuales: 1. El derecho es "superestructura"; 2. el derecho es una "forma ideológica".

Sin embargo no es del todo claro el significado que debería atribuirse a tales expresiones, especialmente a la segunda. Me parece que el significado de la primera tesis puede ser aceptablemente explicado como una primera aproximación, diciendo que en todo momento el derecho está condicionado por las relaciones sociales de producción.

A propósito de esto, surge un problema clásico interno de la doctrina marxista del derecho (y, en general, de la superestructura), sobre el que la literatura es abundante. El problema es el siguiente: ¿se debe

[8] *Cfr.* Aa. Vv., "Egemonia e democrazia", *Quaderni di Mondo operaio*, nuova serie, n. 7, 1977; M. L. Salvadori, *Eurocomunismo e socialismo sovietico*, Torino, 1978.

entender la concepción materialista de la historia en el sentido de que la base económica determine unilateralmente la superestructura, sin a su vez ser influenciada? ¿O se debe entender esa concepción en el sentido de que base y superestructura interactúan, ejercitan recíprocas influencias? Kelsen interpreta al materialismo histórico en el primer sentido; posteriormente al encontrar en la literatura marxista numerosas admisiones en torno de la innegable influencia del derecho sobre la economía, llega a la conclusión de que se trata de una contradicción. Si la superestructura actúa sobre la base, ya no es superestructura, por lo que toda la teoría queda sin fundamento.

En realidad esta crítica de Kelsen es a su vez criticable pues la funda sobre una particular, y también discutible, interpretación del concepto de superestructura. Según Kelsen, la superestructura no sería una "realidad social", sino una "ideología", en el sentido de apariencia vacía: una ilusión. Como están las cosas en ese sentido, el materialismo histórico, por numerosas declaraciones explícitas de Marx y Engels, debería ser entendido como que base y superestructura interactúan. Y admitir, sea una acción de la economía sobre el derecho, sea una reacción del derecho sobre la economía, no parece, en efecto, contradictorio. El punto es otro. La teoría de la determinación unilateral de la base sobre la supraestructura, por lo menos tiene la apariencia de una conjetura científica original, falsificable, susceptible de aplicaciones historiográficas y sociológicas. Al contrario, la teoría de las influencias recíprocas entre base e infraestructura es obvia y banal, es como decir que "se tiene todo" y suena como descubrimiento del hilo negro. La segunda tesis es de significado más indeterminado. Ante todo se puede observar que en el sintagma "forma ideológica" el vocablo "forma" es pleonástico. "Forma ideológica" es sinónimo de "ideología".

Por otro lado, no está claro si por casualidad, "forma ideológica" es también sinónimo de "supraestructura". Todas las ideologías son supraestructuras, pero ¿todas las supraestructuras son ideologías? Parece que Kelsen supone que sí. Pero esta interpretación de los textos marxistas tal vez no está justificada.

De todos modos Kelsen observa exactamente que los marxistas usan el vocablo "ideología" en dos formas bastante diferentes. En un primer sentido, amplio, "ideología" es empleado para significar cualquier representación de la realidad. Pero con mayor frecuencia "ideología" es usado en un segundo sentido, restringido y denigrante, para significar una representación falsa, distorsionada, no científica de la realidad. Ahora bien, el derecho no es reducible a ideología, en el primer

sentido de "ideología". El derecho es, bajo un perfil, un conjunto de ideas normativas. Bajo otro perfil es además una realidad social (extralingüística) consistente en actos psicofísicos: los actos de producción, aplicación y ejecución del derecho.

Menos que nunca el derecho puede llamarse una ideología, en el segundo sentido de "ideología". En ningún caso el derecho es una "representación", aunque sea falsa, del mundo. El vocablo "representación" comúnmente designa un discurso verdadero o falso y las normas jurídicas no son proposiciones apofánticas. La opinión de Kelsen es que la concepción del derecho como ideología está fundada sobre una confusión radical entre el derecho (lenguaje-objeto) y la *Teoría del derecho* (metalenguaje que versa sobre el derecho). Según Kelsen, sólo a una *Teoría del derecho* y nunca al derecho mismo le puede convenir el predicado "ideología".

## VIII. El derecho como relación y como ordenamiento

La concepción marxista del derecho es bifrontal. Quiero decir que en Marx (particularmente en *La ideología alemana*) pueden encontrarse dos tesis que fácilmente aparecen antinómicas.[9] Helas aquí: 1. El derecho está completamente determinado por las relaciones sociales de producción; 2. El derecho es puesto por la clase dominante de acuerdo con sus intereses de clase.

Según la primera tesis, el derecho —entiéndase, el contenido de la normatividad—, no es un producto deseado; nace directamente de la realidad social: la refleja. Esta tesis acerca al marxismo a la versión del jusnaturalismo según la cual el derecho está inscrito en la naturaleza de las cosas. El derecho no prescribe nada, constituye una especie de verbalización, de grabación, de cuanto sucede en la sociedad. No prescribe un ordenamiento social futuro, sino que más bien refleja un ordenamiento ya establecido. De acuerdo con la segunda tesis, por el contrario, el derecho es tal en cuanto es puesto, positivo, fruto deseado y estatuido por un sujeto social determinado. Ciertamente, el contenido de este acto de voluntad está condicionado por la situación social de la clase dominante, la cual no escoge, sino que encuentra ya prontos, determinados sus intereses colectivos. Sin embargo con esta segunda tesis prácticamente estamos en clima iuspositivista.

[9] *Cfr.* R. Guastini, *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*, Bologna, 1974, espec. 300 y ss. (Hay traducción castellana de la UAP, bajo el título *El léxico jurídico de Marx*).

Estas dos tesis marxistas no son destacadas —tampoco problematizadas— por Kelsen. Sin embargo se reflejan directamente sobre las doctrinas soviéticas del derecho en las siguientes formas: [10]

I. El derecho es un conjunto de relaciones sociales, especialmente económicas (ésta es tesis de Stučka y de Pašukanis);

II. El derecho es el conjunto de las relaciones sociales entre productores de mercancías (tesis de Pašukanis);

III. El derecho es expresión normativa de la voluntad o de la ideología de la clase dominante (tesis de Rejsner, de Stučka y de Vušinskij);

IV. El derecho se extingue con la desaparición de las clases (es tesis difundida) o, sin más rodeos, con la desaparición del capitalismo (tesis de Pašukanis).

Las objeciones de Kelsen a estas opiniones son elementales y obvias:

En primer lugar: el derecho no puede ser identificado con la economía o con las relaciones sociales, porque entonces se confunde la forma jurídica, o sea, el prescribir como tal con el contenido de esta forma, es decir, los comportamientos prescritos (mandatados, prohibidos, permitidos, etcétera), que son obviamente comportamientos sociales y económicos.

En segudo lugar: el derecho no puede ser identificado con las relaciones sociales existentes, pues de esta manera se confunden las normas con los hechos, Las relaciones y los comportamientos sociales difundidos constituyen regularidad de comportamiento. Pero el derecho no es descripción de regularidad, sino más bien imposición de reglas.

En tercer lugar: el derecho no puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas por una razón posterior: todos los ordenamientos jurídicos existentes, de hecho, disciplinan también relaciones que no son mercantiles.

En cuarto lugar: la tesis que sostiene que el derecho es el conjunto de relaciones sociales, es contradictorio respecto de la tesis que sostiene que el derecho es la manifestación de la voluntad de la clase dominante. En la sociedad comunista habrá, evidentemente, relaciones sociales, y por lo tanto —según una de las tesis— debería haber derecho. Pero en la sociedad comunista no habrá clases, tampoco ha-

[10] Para un panorama de las doctrinas soviéticas del derecho, *Cfr.* R. Guastini (ed.), *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980. Es oportuno señalar una reciente publicación en inglés de numerosos escritos de E. B. Pašukanis, hasta ahora desconocidos en occidente: *cfr.* P. Beirne and R. Sharl (eds.), *Pašukanis: Selected Writtngs on Marxism and Law*, Academic Press, London, 1980.

brá una clase dominante, por lo tanto —según otra de las tesis— no debería haber derecho.

En quinto lugar: es empíricamente falso que el derecho tutele siempre y únicamente intereses de la clase dominante. A veces tutela también intereses de la clase oprimida. Es también falso que el derecho tutele siempre y únicamente intereses colectivos de la clase dominante. A veces tutela intereses de una fracción de la clase dominante contra otras fracciones de la misma.

En sexto lugar: el derecho no es más que una técnica adiáfora de orientación de la conducta. Como tal, puede asumir los contenidos más variados. Por lo tanto, la extinción del derecho no se sigue necesariamente de la desaparición de las clases o del capitalismo. Aunque, como he dicho, las tesis marxistas sobre el derecho son poco unívocas, hay algo en lo que todas concuerdan: el derecho es un fenómeno de la sociedad dividida en clases; entonces no es un fenómeno socialmente adiáforo (claro, no es, como quisiera Kelsen, una simple técnica). Esta opinión, sobre la cual particularmente ha insistido cierto normativismo soviético (Stučka, Vyšinkij) tiene una contracara muy importante en sede de metaciencia jurídica. Sostiene, por ejemplo Stučka, que no puede hacerse ciencia del derecho, si no se pone uno desde el "punto de vista de clase". Aquí la expresión "punto de vista de clase" significa dos cosas contemporáneamente. Primera: para ser científica una teoría jurídica debe reconocer el carácter (el contenido) clasista del derecho; debe también considerar al derecho como un fenómeno social mutable. Segundo: para ser científica una teoría jurídica debe conscientemente abrazar la causa política de una clase. Esta última tesis de Stučka puede ser entendida en un sentido: la ciencia jurídica no puede ser inmune a juicios de valor; debe ser orientada por valores para ser ciencia. La tesis tiene un corolario extraño; no hay una única ciencia, sino que hay tantas ciencias cuantas son las clases en lucha, o cuantos son los valores de los científicos.

Es natural que Kelsen se indigne de frente a tales concepciones de la ciencia. Para él, el carácter científico de una teoría reside en su objetividad, es decir, en la independencia de las evaluaciones subjetivas de carácter político de los científicos. Se comprende que sobre tales fundamentos metacientíficos la jurisprudencia soviética se haya alejado cada vez más de los modelos de ciencia generalmente aceptados, y se haya degradado a doctrina cuyo único fin es, no el conocimiento, sino la justificación apologética del sistema jurídico soviético. Se comprende también que una vez transformada la ciencia en instru-

mento de la política, sostener una teoría "equivocada", es decir, no ortodoxa, se vuelve una conducta penalmente relevante y perseguible. (La parábola inicia con Lenin y se realiza con Stalin y Vyšinskij.)

## IX. ¿Justicia sin derecho?

En el escrito conocido como *Crítica del programa de Gotha*, Marx formula tres tesis que pueden resumirse en una teoría y en una ideología de la justicia.

Primera tesis: los criterios de justicia son mutables y dependen en particular de los diferentes modos de producción.

Segunda tesis: el criterio distributivo de la sociedad capitalista —"a cada uno lo suyo según su trabajo"— es justo. El argumento de Marx es que tal criterio es sólo aparentemente igualitario. En efecto, se trata, a su parecer, de una regla productora (o, al menos conservadora) de desigualdad, pues se trata de modo igual a individuos desiguales.

Tercera tesis: el doble principio regulador de la sociedad comunista debe ser: "de cada uno, según su capacidad, a cada una, según sus necesidades".

La primera tesis tiene carácter teórico, descriptivo. Kelsen no la comenta. De pasada se puede observar que esta tesis constituye el esbozo de una metasociología de las ideas de la justicia. (Dice Marx: el sistema de distribución capitalista es el único método distributivo "justo" de acuerdo con el modo de producción de nuestros días. Claramente en este contexto el término "justo" no es, como suele decirse, usado sino *mencionado* entre comillas. El enunciado marxista es metalingüístico). Las dos tesis que quedan tienen carácter ideológico evaluativo-prescriptivo. No pertenecen a una teoría de la justicia pero configuran, respectivamente, la parte crítica (segunda tesis) y la parte constructiva (tercera tesis) de una doctrina de la justicia.

A la segunda tesis marxista, Kelsen le dedica un brevísimo y exacto comentario. A su parecer, la regla capitalista "a cada uno según su trabajo", no es una regla igualadora, pero una razón opuesta a la indicada por Marx. Esta regla no surte efectos de igualación (social, económica) precisamente porque trata desigualmente individuos desiguales: quien ha trabajado más o más productivamente recibe una compensación mayor que quien ha trabajado menos.

A la tercera tesis marxista Kelsen dedica cuatro observaciones:

I. La fórmula de la justicia comunista expresa el ideal de la seguridad económica pero, contrariamente a la opinión marxista, no corres-

ponde en absoluto el principio de igualdad. Aquélla prescribe, en efecto, tratar de modo desigual individuos desiguales. El contenido de los derechos y deberes —podríamos decir, completando la argumentación kelseniana—, se cuantifica en relación con las diferentes capacidades y con las diferentes necesidades de cada uno.

II. La fórmula y las reglas que la componen es indeterminada. Ninguna de las dos reglas puede ser aplicada si no se enuncian otras reglas que especifiquen al menos, las modalidades para establecer las capacidades o necesidades de cada uno.

III. Además, por lo menos la primera regla ("a cada uno según sus capacidades") es incompleta ya que no prevee alguna reacción en caso de que sea violada.

IV. En fin, cualquier interpretación razonable de la fórmula está en contraste con la doctrina de la extinción del Estado. La determinación de las capacidades o de las necesidades de cada uno no puede, sensatamente, ser confiada a valoraciones privadas individuales. Esta determinación requiere que la comunidad disponga de órganos autorizados para efectuar las evoluciones necesarias. Tales órganos, evidentemente, configuran al menos un embrión de organización estatal.

## X. Reglas técnicas y reglas jurídicas en la sociedad comunista

La suerte que deba correr la reglamentación jurídica en la sociedad comunista no es cosa que surja muy claramente en la literatura marxista. Se puede decir que dos doctrinas se disputan el campo.

La primera y más conocida es la que dice que en la sociedad comunista no habrá derecho de ningún tipo. Desde el punto de vista kelseniano "derecho" y "estado" —se puede decir— son dos nombres para un solo concepto, de manera que la doctrina de la extinción del derecho está envuelta por las mismas críticas a la extinción del Estado.

Por otro lado, en el pensamiento de Pašukanis que reformula y precisa la idea engelsiana de una "administración de las cosas" que vendría a sustituir el "gobierno sobre los hombres", esta primera doctrina asume connotaciones especiales. Dice Pašukanis: en la sociedad comunista no habrá reglas jurídicas pero habrá reglas de otro tipo, particularmente reglas técnicas. Una regla técnica prescribe los medios idóneos para alcanzar un fin determinado que no esté prescrito; "si quieres obtener A debes hacer B".

En la literatura analítica, generalmente se considera que las reglas técnicas no son realmente reglas, y son consideradas proposiciones descriptivas, no prescriptivas. Una regla técnica únicamente describe el nexo casual entre ciertos medios y un fin determinado. En tal sentido, una regla técnica es una proposición verdadera o falsa. Por ejemplo, es cierto que si se quiere hacer hervir el agua se debe calentar a cien grados centígrados. Pašukanis por su lado considera que: *a*) las reglas jurídicas son tales en cuanto disciplinan conflictos de intereses; *b*) las reglas técnicas no son jurídicas en cuanto suponen una "unidad de fines", es decir, identidad de fines entre quien prescribe y quien es destinatario de la prescripción. Es obvio que Pašukanis no se expresa en términos analíticos, aunque su tesis está inadvertidamente muy cerca de las tesis de los analistas.

En las reglas técnicas el fin no está prescrito, sino que se presupone; los medios tampoco están prescritos, están descritos. Es decir, las reglas técnicas —una vez asumido aquel cierto fin— son apofánticas; no obstante esto, Pašukanis admite que la aplicación de las reglas técnicas puede a veces requerir alguna forma de coerción, sólo que en este caso la coerción se ejercita en interés de quien lo recibe. Por ejemplo, la costricción que ejercita un médico sobre un paciente no tiene carácter de sanción jurídica porque está empleada en interés del paciente mismo, el cual tiene en común con el médico un fin, la curación.

Kelsen rebate esta opinión: el hecho de que haya identidad de fines de solidaridad de intereses entre dos individuos, uno de los cuales ejercita coacción sobre el otro, es una clara ficción, aun con una ancestral tradición en la historia del pensamiento jurídico (recuérdese la fórmula romana: *coactus tamen volui*) y político (Rousseau). El solo indicio empírico del interés, de los fines o de la voluntad de un individuo está constituido por sus acciones y por sus declaraciones. Por definición, quien actúa porque está obligado, no "quiere" actuar.

Kelsen no percibe una parte del pensamiento de Pašukanis que se presta a críticas fáciles. La reducción de las reglas de conducta de la sociedad comunista o reglas técnicas —o sea a reglas (paradójicamente) ciertas o apofánticas— constituye una forma inédita de jusnaturalismo. Y es del naturalismo pensar que haya reglas de conducta inscritas en las relaciones naturales (de causa y efecto). Es también del naturalismo considerar que a las reglas convenga el predicado de la verdad.

II. La segunda doctrina marxista en torno a la suerte del derecho en la sociedad comunista es la elaborada por Stalin y los juristas a su servicio: en la sociedad comunista hay derecho; sin embargo, el derecho comunista no tiene carácter clasista: es más, está elaborado conforme a la voluntad de "todo" el pueblo.

Esta doctrina puede ser considerada una variante de la anterior. Las críticas kelsenianas son análogas. La afirmación que un derecho (cualquiera) deriva de la voluntad de todo el pueblo, es la clásica ficción, según Kelsen: si en verdad el derecho fuese establecido por la voluntad de todos no haría falta la coerción, aunque un derecho sin coerción no es derecho.

Ocasionalmente la doctrina stalinista es justificada de la siguiente manera: el derecho comunista sí es deseado por el proletariado (una parte del pueblo entonces). El proletariado "representa" todo el pueblo. Para Kelsen también eso de la "representación" es una ficción que critica repetidamente en las obras mayores que ha escrito sobre *Teoría general del Estado*.

## XI. Kelsen, jusrealista a su pesar

A título de conclusión querría llamar la atención sobre un episodio pequeño pero curioso de la biografía intelectual de Kelsen.

Es sabido que en materia de metaciencia prescriptiva, Kelsen ha dicho siempre que la jurisprudencia debe ser ciencia normativa. El sintagma "ciencia normativa" aquí significa que la jurisprudencia debe describir el contenido prescriptivo de normas jurídicas y nada más. Los asuntos del llamado derecho "en acción" no deben interesar a la jurisprudencia, son ajenos a su campo. En otras palabras, sale del campo de la jurisprudencia la cuestión de si las normas jurídicas válidas son igualmente eficaces; eso es materia de la *sociología jurídica*, no de la *jurisprudencia*.

Y bien, hubo por lo menos una ocasión en la que el mismo Kelsen no fue capaz de mantenerse fiel al modelo de la ciencia jurídica como ciencia normativa. Los últimos dos parágrafos del ensayo sobre la teoría política del bolcheviquismo se intitulan, respectivamente: "La Constitución (soviética) de 1936", y "La realidad política de la Rusia soviética". Ya estos títulos sugieren, respectivamente, un enfoque puramente normativo y un enfoque factual empírico del estudio del Estado soviético.

El primer parágrafo trata de la Constitución "formal"; el segundo sobre la Constitución "material" de la Rusia soviética. Desde antes Kelsen ofrece un ejemplo genuino de jurisprudencia normativa; o sea, describe (sumariamente) algunos enunciados normativos de la Constitución soviética resultando una imagen en verdad sorprendente de una Constitución completamente democrática.[11]

Por otro lado, Kelsen no está muy satisfecho con esta grotesca conclusión. Inopinadamente pasa del derecho válido a describir el derecho eficaz. La Constitución soviética —dice— no prohíbe la formación de partidos políticos diferentes al partido comunista. Ninguna norma constitucional prohíbe que se forme una oposición a los órganos representativos; sin embargo, a ningún partido que no sea el comunista se le permite constituirse. De hecho no puede ser elegido en los órganos representativos ningún candidato que no haya sido aprobado por el partido comunista. Los órganos representativos deliberan siempre por unanimidad y no hay rastros de oposición política. Naturalmente Kelsen debe concluir: "El Estado soviético no es una democracia".

Para describir sensata y creíblemente la Constitución soviética, Kelsen se ve obligado a bajar al terreno del realismo jurídico (aunque sea un realismo jurídico elemental). Desde el punto de vista de la jurisprudencia normativa, la Constitución soviética se presenta como una Constitución democrática. Es únicamente desde el punto de vista de una jurisprudencia empírica, dirigida a los fenómenos extralingüísticos de uso y aplicación de los enunciados normativos, que la Constitución soviética se revela por lo que es: una dictadura de partido.

Así Kelsen, contra sus propias teorizaciones, da el buen ejemplo e integra el análisis normativo con el análisis sociológico empírico. ¿No es ésta una desmentida autorizada —involuntaria— del modelo normativo de jurisprudencia profesado por Kelsen?

[11] No diversamente Kelsen había juzgado la Constitución soviética de 1923, en el escrito *Essenza e valore della democrazia* (en la amplia nota que cierra el capítulo III). También aquí Kelsen se atuvo al método normativo sin poner atención en los hechos sociales. Habría debido destacar que la revolución bolchevique, desde el punto de vista constitucional, concluyó no con la abolición del parlamentarismo sino con su hipertrofia con el consiguiente incremento de la democracia representativa.

# KELSEN Y FREUD *

Mario G. Losano

SUMARIO: I. *Los intereses del primer Kelsen.* II. *Tres aproximaciones en las relaciones entre Kelsen y Freud.* III. *Para una investigación interdisciplinaria.*

## I. Los intereses del primer Kelsen

El monocorde operar del Kelsen californiano terminó por poner a la sombra los más polifónicos inicios vieneses de su actividad. Desde 1935 los trabajos de *Teoría general del derecho y del Estado,* destinados a ser posteriormente dominantes, fueron solamente uno de los sectores de su incansable investigación. No menos importantes fueron los sectores del *Derecho positivo constitucional e internacional* junto con su actividad en la Corte Constitucional austriaca e incluso en la política, que lo vio debatir con los austromarxistas tanto en la actividad del nuevo aparato estatal instituido con el advenimiento de la república después de la Primera Guerra Mundial, como en el debate ideológico que se desarrollaba sobre el *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung.*

Cuantitativamente menos relevantes, pero igualmente vivos, fueron sus intereses por la *Sociología del derecho* (en el intento de separarla de la ciencia del derecho) y por las doctrinas psicoanalíticas. En fin, no le fue extraño ningún fermento cultural de la gran Viena.

Con su traslado a Colonia, Ginebra, Praga y finalmente a los Estados Unidos, sus esfuerzos se concentraron en la *Teoría del derecho y del Estado.* El único e importante regreso a los viejos temas —*The Communist Theory of Law* de 1955— fue más un peaje pagado al maccarthismo que un regreso a la política.

A partir de los años sesenta, mientras el ya prácticamente octogenario Kelsen reducía progresivamente su producción bibliográfica, los

* Publicado en *Sociología del Diritto,* no. 1, 1977, bajo el título "I rapporti tra Kelsen e Freud", pp. 142 y ss. Traducción de Agustín Huerta Bortolotti, del Centro de Traducciones de la UAP, revisada por Óscar Correas.

científicos redescubrieron los sectores no estrictamente jurídicos de su investigación floreciendo de esta manera reimpresiones facsimilares y antologías. Típicas de este renovado interés por el primer Kelsen son, en Italia, las recientes traducciones de algunas de sus primeras obras,[1] y un estudio monográfico dedicado a las relaciones entre el primer Kelsen y el marxismo.[2] Mientras que no existen trabajos de conjunto que reelaboren críticamente los artículos y las afirmaciones que Kelsen dedicó a la sociología, en 1976 los psicoanalistas sistemáticamente reabrieron la cuestión de las relaciones entre Kelsen y Freud.

La revista *Sic*, que se basa en las escuelas freudianas de Milán y París, sacó nuevamente a la luz los índices de *Imago*, la revista de Freud y sus alumnos, en la que en 1922 Kelsen publicó un ensayo,[3] del cual la revista *Sic* ofreció al lector italiano una traducción,[4] precedido de un comentario de Giacomo Contri.[5] Esta atención a la explicación psicoanalítica de la relación entre masas y Estado, no era en realidad nueva: buena parte de las afirmaciones contenidas en el artículo publicado en *Imago* se encontraban ya en un parágrafo de la obra *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*[6] cuya primera edición vio la luz el mismo año que Hans Kelsen menciona expresamente en la primera nota del artículo.

Giacomo Contri señala en la "Note introduttive" una breve cronología de las obras de Kelsen y Freud, que fue publicada entre 1922 y 1927, de lo que resulta que, cuatro años después de la publicación del ensayo de Kelsen, estallaba la gran polémica sobre el análisis desarrollada por no médicos. Todo nació del proceso intentado en 1926 contra

[1] H. Kelsen, *Tra metodo giurdico e sociologico*, bajo el cuidado de Gaetano Calabró, Guida Editori, Napoli, 1974, 89 pp. (que traduce un ensayo de 1911); Hans Kelsen, *La teoria dello Stato in Dante*, Massimiliano Boni Editore, Bologna, 1974, XXIV-215 pp.

[2] F. Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo*, La Nuova Italia, Firenze, 1976, IX-195 pp.

[3] H. Kelsen, "Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der l'asse", VIII, *Imago*, 1922, pp. 97-141.

[4] H. Kelsen, "Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo allateoria delle masse di Freud", *Sie Materiali per la psicoanalisi*, 1976, n. 5, pp. 13-30.

[5] G. Contri, "Note introduttive", *sic. Materiali per la psicoanalisi*, 1976, n. 5. pp. 6-11.

[6] H. Kelsen, *Der soziologische un der juristische Staatsbegriff. Kritische Undersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Scientia Verlag, Aalen, 1962, pp. 19-33. Se trata de la reimpresión facsimilar de la segunda edición de 1928. La traducción italiana fue anunciada por Sansoni, pero no fue publicada.

Theodor Reik, acusado de charlatanería, esto es —se diría hoy—, de ejercicio ilegal de la medicina.

El proceso dio gran resonancia al debate sobre el problema de si el psicoanálisis debería ser aplicado únicamente por médicos, concluyendo con un "no ha lugar" que dejó el problema jurídicamente sin resolver. Freud se había manifestado a favor de Reik con un escrito titulado "La questione dell'analisi dei non medici", al cual había dado forma de diálogo con un *unporteiischer Partner,* es decir, con un interlocutor imparcial. Según Contri, este interlocutor imparcial podría ser el mismo Kelsen.

Aun cuando no existen indicaciones explícitas, algunas coincidencias parecen no ser tan casuales. El contacto de Kelsen, testimoniado por los escritos de 1922, se continuaba con una nota agregada por Freud a la nueva edición de 1923 de *Psicologia delle masse e analisi dell'io:*

> En contraste con una crítica, notable por inteligencia y agudeza, de Hans Kelsen, no puedo conceder que el hecho de dotar de organización a la *psiche collettiva* signifique una hipostatización, es decir, que se le atribuya una independencia de los procesos psíquicos del individuo.

Según Contri, esta nota contiene una tesis que se vuelve a encontrar en "La questione dell'analisi dei non medici". Además, después de la conclusión puramente formal del proceso, Freud publicó un "Poscritto alla questione dell'analisi dei non medici", del cual se extrae la siguiente cita:

> Cuando construí la figura del interlocutor imparcial tenía en la mente la figura de un alto funcionario nuestro, un hombre amablemente dispuesto y de una integridad poco común, con quien mantuve un coloquio a propósito del proceso de Reik y al cual envié, por deseo expreso, una pericia privada al respecto. Yo sabía que no había logrado convencerlo, y es por ésto que he actuado de tal manera que mi diálogo con el interlocutor imparcial terminara sin haber llegado a un acuerdo.

La exégesis de Contri sobre estos pasos freudianos tiende a establecer el contenido del desacuerdo entre Kelsen y Freud; además —por sobre la continuidad de la relación de polémica cultural que une el ensayo kelseniano de 1922, la apostilla crítica de Freud de 1923, las argumentaciones del diálogo de 1926, y las informaciones del poscrito

de 1927— Contri reconstruye una continuidad que le permite aseverar que el interlocutor imparcial es probablemente Kelsen. Sus disertaciones sobre las palabras para llegar a las ideas y a las intenciones y de ahí arribar a los hechos, dejarán insatisfechos a muchos juristas: Cada uno de nosotros está condicionado por su propia formación (y deformación) profesional.

Un estudioso de las ciencias sociales se preguntaría qué posición pública tuvo Kelsen en 1926-1927 para ser definido "alto funcionario". Efectivamente, desde 1921 y hasta 1930 Kelsen fue uno de los personajes más conocidos de la Corte Constitucional austriaca, de la cual él mismo había determinado su estructura y funciones al dictarse la Constitución de Austria republicana, que le había sido comisionada por Karl Renner. En efecto, al convertirse en canciller de la nueva república, Renner nombró a Kelsen como uno de sus colaboradores. La Corte Constitucional constaba de doce miembros, la mitad de los cuales eran nombrados con carácter vitalicio; de éstos, tres constituían el grupo de los referentes con tres años en el cargo. Apenas se constituyó la Corte Constitucional, en 1921, Kelsen fue nombrado, no sólo miembro vitalicio, sino también referente. Su primer trienio como referente, fue de 1921 a 1924, y en la época de la polémica sobre el análisis de los no médicos, Kelsen era miembro vitalicio de la Corte Constitucional, es decir, uno de los funcionarios más altos de la República austriaca. Por supuesto que esta primera indicación no es suficiente para confirmar definitivamente la identidad del interlocutor imparcial con Hans Kelsen. No obstante, existen otras coincidencias, por lo que tal vez es útil tratar de fijar históricamente si hubo, y cuales fueron, los contactos entre Kelsen y Freud. La indicación de fechas, amistades y eventos podrá contribuir a una posterior profundización conceptual de esta relación.

## II. Tres aproximaciones en las relaciones entre Kelsen y Freud

La fuente más directa de la vida de Hans Kelsen es el libro de Rudolf Aladár Métall,[7] que se sirvió de notas autobiográficas del mismo Kelsen y redactó el volumen bajo su supervisión. Se puede por lo tanto afirmar que los datos contenidos en esta biografía están avalados por el jurista de Praga.

[7] R. A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke. Wien, 1969, 220 pp. (Versión castellana, *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, 1976).

Sigmund Freud y su escuela son mencionados tres veces en esta biografía kelseniana. Dos de estas anotaciones son bastante marginales, mientras que la tercera es más extensa e interesante: de esta última se pueden recabar algunas aproximaciones en la historia de los contactos entre Kelsen y Freud.

## 1. *El primer contacto indirecto con Freud; Kelsen y Weininger*

Aunque pueda parecer extraño, Kelsen se dedicó a estudiar derecho "sin gran entusiasmo". Sus primeros contactos con la Facultad fueron desilusionantes, por lo que prefirió dedicarse a las lecturas filosóficas:

> Aquí fue influenciado por su amigo Otto Weininger, dos años mayor que él, quien lo confirmó en su propensión a la filosofía. Weininger trabajaba en ese entonces en su tesis de doctorado, que fue publicada con el título *Geschlecht und Charakter* que se convirtió en una de las obras más célebres y vendidas en el primer decenio del nuevo siglo. Pero mientras el sacerdote católico Laurenz Müllner evaluó positivamente el trabajo de Weininger, Sigmund Freud se mostró menos favorable, actitud que tal vez influyó en el suicidio de Weininger el 4 de octubre de 1903, antes de cumplir 24 años. (...) La personalidad de Otto Weininger y su éxito póstumo debieron en todo caso haber contribuido de manera determinante a la resolución de Kelsen de dedicarse al trabajo científico.[8]

En realidad los eventos se desarrollaron de manera más cruel que la pálida descripción de Métall pueda hacer suponer. El caso Weininger fue una polémica ejemplar por intrincada y violenta, y emblemática por la atmósfera que reinaba en la escuela freudiana. Freud había sido amigo de Wilhelm Fliess durante el último decenio del siglo pasado; después se alejó de él. Entre los pacientes de Freud estaba también un amigo de Weininger, Hermann Swoboda, a quien un día Freud expuso la teoría de Fliess sobre la bisexualidad. Estas ideas de Fliess no habían sido todavía publicadas. Swoboda habló de esto con Weininger y sobre la teoría de Fliess elaboró su afortunado libro.

La reacción de Fliess no tardó: por invitación suya, un amigo acusó públicamente de "robo", tanto a Swoboda como a Weininger y al hacer esto también hizo públicas algunas cartas de Freud que se referían al tema. El uso indebido de cartas privadas permitió a Swoboda intentar

[8] *Op. cit.*, p. 6.

un juicio por difamación contra Fliess, quien salió derrotado en este conflicto.

Del juicio se ocupó la prensa vienesa; Fliess publicó un pequeño volumen de autodefensa;[9] Freud mencionó todo el asunto en un escrito suyo.[10] El robo entre Freud y Weininger no podía pasar inadvertido por el amigo de este último, Hans Kelsen: este primer contacto con el ambiente de Freud contribuye a explicar por qué Kelsen declaró siempre que en torno a la doctrina pura del derecho se habían reunido seguidores pero que no se había formado una escuela.[11]

## 2. *La escuela de Freud como ejemplo negativo*

Este aspecto es aún más explícito en Métall. Hablando de las personas que, en varias partes del mundo, tuvieron oportunidad de trabajar con Kelsen, o que en cierta medida adoptaron su teoría, Métall anota:

> Kelsen no exigió ni esperó jamás que los *verba magistri* fuesen aceptados acríticamente. Por eso es que la escuela kelseniana, es decir la *Teoría pura del derecho,* no devino nunca una parroquia estrecha. Kelsen, en calidad de "jefe de escuela", no lanzó jamás un anatema contra los adeptos no ortodoxos, como sí sucedía en cambio en otra escuela vienesa, la del psicoanálisis, cuando Carl Gustav Jung y Alfred Adler se separaron de Sigmund Freud. Kelsen siempre aceptó la controversia, e incluso a menudo la suscitó él mismo. Lo que lo irritaba y molestaba era solamente la tontería y la maldad.[12]

Es singular, no obstante, esta confrontación entre la escuela kelseniana y la freudiana: a mi parecer, ello indica que esta última constituía para Kelsen (y para Métall, que es un poco su otro yo) un punto de referencia muy preciso.

[9] Debo a Michele Ranchetti el señalamiento del volumen de W. Fliess, *In eigener Sache,* que hasta ahora no he podido consultar.

[10] *Cfr.* R. Pfennig, *Wilhelm Fliess,* Berlin, 1906, pp. 30 y ss.

[11] En el prefacio de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* escrita en Ginebra en mayo de 1934, Kelsen afirma: "Estudiosos orientados hacia fines comunes se han unido estrechamente formando lo que se llama mi escuela, y que es tal únicamente en el sentido de que cada uno trata de aprender de los otros sin renunciar por esto a seguir su propio camino" (*La dottrina pura del diritto,* Einaudi, Torino, 1966. p. 3). El prefacio de 1934 fue reproducido también en la edición de 1960.

[12] *Op. cit.,* pp. 31 y ss.

La tercera gran escuela vienesa, la de los lógicos, parece haber influido mucho menos en Kelsen y su entorno. Esto me fue confirmado por el propio Rudolf A. Métall en uno de nuestros encuentros en Ginebra. Una confirmación indirecta se puede recabar de la única mención algo articulada sobre Kelsen contenida en el volumen sobre la gran Viena de Toulmin.[13] Según este autor, las "ideas psicológicas" a las que Kelsen estuvo más expuesto fueron las del físico Ernest Mach, que ejerció una extraordinaria influencia sobre toda la vida cultural y artística vienesa, aun cuando hoy se tiende a recordarlo sobre todo por la crítica que, en *Materialismo y empirocriticismo,* hiciera Lenin a sus ideas, retomadas y difundidas entre los austromarxistas y por Bogdanov. "Influenciando a Hans Kelsen y a su teoría positivista del derecho —escribe Toulmin— las ideas de Mach han desempeñado un rol determinante en la estructura de la Constitución austriaca posbélica, debida en gran parte a Kelsen".[14] La relación de Kelsen con el *Círculo de Viena* es por lo tanto sólo lábil e indirecta, pasando a través de la teoría de Mach: en efecto, el círculo que puede ser considerado el precursor del *Círculo de Viena* fue justamente el círculo "Ernest Mach", fundado por Otto Neurath.

La naturaleza de la teoría kelseniana llevaría a su autor, ciertamente, a un acercamiento al *Círculo de Viena;* pero no hay que olvidar que Kelsen debió dejar su ciudad en 1933 y que, desde aquel año, siempre estuvo alejándose de Austria y de Europa.

### 3. *Polémicas de escuela: Kelsen y Sander, Freud y Tausk*

Las relaciones con Freud son mencionadas una tercera vez en el texto de Métall en referencia con la polémica entre Fritz Sander y Hans Kelsen, polémica que ensangrentó la escuela kelseniana y que debió dejar huellas profundas en aquellos que no estuvieron directamente involucrados.

Para esclarecer los términos generales de esta polémica recordaré lo que escribí en 1966 en el prefacio a la edición italiana de la *Reine Rechtslehre.* Recordando la progresiva separación de Kelsen respecto de las doctrinas neokantianas, introduje el discurso sobre Sander de esta forma:

[13] Un análisis de esta correspondencia, junto con un ensayo sobre la suerte de Kelsen en Italia, está en vías de publicación en el Hans Kelsen Institut de Viena.

[14] A. Janik, S. Toulmin, *La grande Vienna,* Garzanti, Milano, 1975, p. 134. Kelsen está ausente en toda la obra: aparte de la breve cita reportada en este texto, es mencionado fugazmente solamente en las pp. 11 y 124.

> Este abandono de las tesis kantianas está en la base de la polémica entre Hans Kelsen y Fritz Sander, que habiendo sido alumno de Kelsen abandonó posteriormente la doctrina pura para dedicarse a la construcción de una fenomenología jurídica cuyos inspiradores son Immanuel Kant, Franz Brentano y Edmund Husserl. Para Sander el derecho es síntesis de conceptos y de hechos jurídicamente relevantes; Kelsen abandonó esta *Faktizität* para acceder a una *Normativität* extraña a la doctrina kantiana cuya consecuencia directa es *das Dogma der Wissenschaft als Rechtsquelle*. Respondiendo a estas críticas, Kelsen afirma que esta innovación gnoseológica es intencional; para él, el derecho no es parte de la naturaleza ni la experiencia jurídica es parte de la experiencia natural; por lo tanto sería un error aplicar al derecho el mismo método que Kant aplica a la naturaleza.[15]

La acusación de plagio dirigida por Sander a Kelsen recuerda una polémica análoga en el interior de la escuela freudiana, que concluyó —como en el caso de Weininger—, con el suicidio del adversario de Freud. Otra víctima de la devastante relación con el maestro es Viktor Tausk, un estudioso eslovaco que, después de graduarse en medicina, llegó al psicoanálisis sólo después de años de profesión liberal como jurista primero y como periodista después. Más que por el paralelismo con el asunto Kelsen-Sander, Tausk interesa aquí por su preparación jurídica:

> Durante la guerra (1914-18) actuó con verdadero heroísmo en defensa de los desertores del ejército imperial. La guerra llevó al enrolamiento de campesinos que no entendían qué era el enrolamiento obligatorio. Así, a jóvenes confundidos e indefensos corrían el riesgo de ser fusilados por haber cedido al simple deseo de regresar a casa. Tausk escribió un artículo elocuente sobre la psicología de los deser-

[15] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, al cuidado de Mario G. Losano, Einoudi, Torino, 1966, p. XIX, nota 1. Las relaciones entre la doctrina kelseniana y las teorías de Sander son tratadas en la obra de Fritz Sander, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenza*, Tübigen, 1923. *Cfr.* también R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*. Accademia delle Scienze, Torino, 1934, pp. 18-20. En italiano, la *Rivista internazionale di filosofia del diritto* publicó un artículo de Sander ("Sui compiti di una teoria realistica del diritto"), 1924, pp. 375 y ss. y un breve perfil de sus teorías (N. Bobbio, "Fritz Sander", 1940, pp. 176-9).

tores, que hoy es considerado como una de las primeras aplicaciones de los descubrimientos psicoanalíticos al derecho.[16]

Freud temía la competencia del brillante alumno tanto sobre el plano científico (después del alejamiento de Adler y Jung se convirtió en la figura más relevante de la escuela después de Freud), como en el plano personal (la célebre Lou Andreas-Salomé que llegó a Viena para estudiar con Freud se convirtió no obstante en amante de Tausk).

Sobre las relaciones entre Kelsen y Sander se sabe mucho menos; sin embargo, recordando la polémica entre los dos juristas, Métall ofrece una interpretación psicoanalítica del conflicto que turbó la escuela kelseniana:

> Inmediatamente después Sander trató repetidamente de establecer buenas relaciones con Kelsen, quien al principio, comprensiblemente, rechazó tales intentos; pero cuando su amigo, el profesor Weyr, le pidió que reconsiderara su actitud intransigente en caso de que Sander hiciera una declaración en el sentido de retirar la acusación de plagio a su tiempo lanzada contra Kelsen, este último se declaró en favor de cerrar el asunto en cuanto Sander hiciera pública su declaración. Kelsen era comprensivo hacia la naturaleza en extremo contradictoria de Sander cuya relación con su ex-docente constituía un ejemplo típico de amor-odio, es decir, un complejo de Edipo insuperable aún cuando explicable en términos psicoanalíticos. Ningún alumno demostró hacia Kelsen tanta admiración, tanto afecto y tanta dependencia como Sander en los primeros tiempos. Sander solía asegurar a Kelsen que lo consideraba su padre espiritual —mientras había odiado a su padre natural—, y solía decir también que sin él habría estado intelectualmente perdido. La acusación de plagio era entonces propiamente una verdadera tentativa de parricidio.[17]

Esta descripción podría parecer una simple verborrea de terminología psicoanalítica si Métall no nos proporcionara la documentación de una más estrecha relación entre Kelsen y Freud:

[16] P. Roazen, *Brother Animal. The Story of Freud and Tausk*, Penguin Books. Harmondsworth, 1973, p. 67. Debo el señalamiento de este volumen a Guido Maggioni Laobra de Tausk es: "Zur Psychologie des Deserteurs", en *Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse*, 1916, vol. 4, pp. 193-204, 229-40; traducido en *Psychoanalytic Quarterly*, vol. 38, 1969.

[17] R. A. Métall, *Hans Kelsen*, cit., p. 40.

Kelsen debió haber llegado a comprender la ambivalencia espiritual de Sander, en un seminario privado de Sigmund Freud al que asistió durante un semestre aún durante los años de guerra invitado por el doctor Hanns Sachs, que de la abogacía pasó de inmediato y de lleno al psicoanálisis. Sin embargo solamente en 1921 Kelsen tuvo un más estrecho contacto personal con Freud, durante unas vacaciones comunes durante el verano en Seefeld. Kelsen le dio algunos ejemplos de enfermedades traumáticas del ámbito de sus conocidos, naturalmente con la debida discreción sobre las personas en cuestión.

Sobre estos coloquios entre Kelsen y Freud y sobre uno de los casos que discutieron, Ernest Jones ofrece una breve semblanza (*The Life and Work of Sigmund Freud*, Nueva York, 1975, Basic Books, vol. 3o., p. 80), en la que no obstante Kelsen es mencionado como *distinguished Viennese economist*. Estos informes fueron entregados a Jones por el doctor K. R. Eissler de Nueva York, que en 1953 entrevistó a Kelsen por encargo del *Sigmund Freud Archives, Inc.* Kelsen tuvo siempre dudas acerca del valor terapéutico del psicoanálisis, confirmadas indirectamente por el mismo Freud, cuando una vez le dijo que "para poder ver el interior de un hombre hay que acercársele como médico". Esta mirada al interior interesaba más a Freud en el fondo, que la curación del paciente.[18]

El testimonio de Métall permite despejar también la duda despertada por Giacomo Contri sobre la iniciativa que en 1922 llevó a Kelsen a redactar el artículo en *Imago*, traducido en la revista *Sic*. El texto de Métall no deja dudas sobre el hecho de que la iniciativa haya partido de Freud:

El 30 de noviembre de 1921, a invitación de Freud, Kelsen dio una conferencia sobre el concepto de Estado y sobre la psicología de las masas en Freud en la *Wiener Psychoanalytische Gesellschaft*. En la discusión que siguió, tomaron parte, además del mismo Freud, sus alumnos Sigfried Bernfeld, Paul Federn, Otto Rank, Theodor Reik y Hebert Silberer. Más tarde Kelsen publicó en *Imago* (la revista de Freud) el texto bastante ampliado de la conferencia (...) de la cual se publicó en 1924 una traducción en inglés (...) También el ensayo *Gott und Staat* revela una influencia psicoanalítica.

[18] *Ibidem*, pp. 40 y ss.

A la percepción de la profunda analogía que hay entre el concepto de Estado y el de Dios (y por lo tanto también entre los problemas de la doctrina del derecho y del Estado y los de la teología) Kelsen ya había llegado en las investigaciones que precedieron su trabajo sobre el concepto jurídico y sociológico del Estado, en el que podía referirse a los resultados alcanzados en el estudio sobre el *Staatsunrecht*, publicado en 1913, en el que trata paralelamente el problema del ilícito estatal y el de la teodicea. También en su libro sobre el problema de la soberanía (1920) Kelsen señaló las relaciones entre doctrina del Estado y teología.[19]

## III. Para una investigación interdisciplinaria

Los juristas se ocupan cada vez más de las relaciones entre psicoanálisis y derecho. Por ahora me limitaré a algunos títulos. Para el sector del derecho penal, posteriores indicaciones bibliográficas se encontrarán en el volumen de Helmut Ostermayer, aunque en realidad sería propio clasificar esta obra entre las de criminología.[20] El jurista italiano encontrará una introducción a los problemas psicoanalíticos del derecho penal en la obra de Guglielmo Gullotta.[21] La bibliografía que concluye este trabajo constituye una base útil para ulteriores profundizaciones.

En la filosofía del derecho, aparte de algún artículo reciente,[22] la obra a mi parecer más significativa es el amplio volumen de Albert A. Ehrenzweig, publicado en 1971 y reseñado por Mauro Cappelletti en 1975.[23]

Aquí no se puede hacer otra cosa más que indicar algunas posibles vías de investigación que podrían resultar fructíferas. En el plano histórico, para establecer con mayor precisión las relaciones entre Kelsen y la escuela psicoanalítica, se deberían consultar periódicos y

[19] *Ibidem*, pp. 41 y ss.

[20] H. Ostermayer, *Die Bestrafte Gesellschaft. Ursuchen und Folgen eines falschen Rechts*, Hanser, 1975, München-Wien, 231 pp.

[21] G. Gullotta, *Psicoanalisi e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1973, XXIV-410 pp.

[22] P. Ventura, "Psicoanalisi e diritto" en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1974, n. 2, pp. 252-327.

[23] A. A. Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence. On Ethics, Aesthetics, and "Law". On Crime, and Procedure*, Leiden/Dobbs Ferry, N. Y., Sijthoff/Oceana, 1971, 395 pp. La reseña de Mauro Cappelletti se publicó con el título de "Giustizia e istinto: giurisprudenza e scienza dell'animó", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, diciembre, 1975, n. pp. 1579-83.

revistas publicados en el periodo durante el cual Kelsen sustentó la ya mencionada conferencia, alrededor del 30 de noviembre de 1921. Además, sería conveniente examinar el índice de la revista publicada por Kelsen con el título *Revue Internationale de la Théorie du Droit* pues podría revelar interesantes puntos de contacto debidos a contribuciones de personas ligadas, tanto a la escuela kelseniana como a la freudiana. Es el caso, por ejemplo, de Robert Mälder, que publicó en 1936 en esta revista, el ensayo titulado "Die Bedeutung des Werkes Sigmund Freuds für die Sozial-und Rechtswissenschaften" (n. 10, pp. 83-99). Este artículo ya fue señalado por Giacomo Contri.[24] El examen de los índices de la revista de Kelsen debería ser realizado también por estudiosos del psicoanálisis, con objeto de identificar a los eventuales investigadores comunes a las dos escuelas.

Las relaciones entre Freud y la teoría marxista del Estado y del derecho podrían recibir una nueva luz, de estudios sobre la época de transición del zarismo al comunismo. El reciente estudio de Alexander Vucinich [25] no menciona, ni siquiera, una vez la obra de Freud (que sin embargo tenía ya un notable peso en el momento en el que el volumen cierra su examen, en 1917), mientras que, al contrario, ilustra un ejemplo interesante de interacción entre un estudioso ruso y la doctrina kelseniana.[26] El campo de los fabulosos años veinte, con sus riquezas y sus inquietudes, revelará textos sorprendentes: con esta afirmación pretendo hacer justicia al peso de las doctrinas freudianas en las disputas de la apenas surgida Unión Soviética, y no agrandar el mito de los años veinte.[27]

Por el contrario, en el plano de la investigación empírica, el discurso está en su totalidad por construirse. Tal vez el primer paso para preparar a los juristas para esta tarea, sería la preparación de una bibliografía comentada, la cual debería estar subdividida en dos secciones: la primera dedicada a las obras de psicoanálisis indispensables para poder afrontar la temática; la segunda, dedicada a las obras ya publicadas sobre las relaciones entre derecho y psicoanálisis.

[24] G. Contri, "Stato Diritto Psicoanalisi (Materiali per un Congresso)", en *Sic* 1976, n. 6, p. 10.

[25] A. Vucinich, *Social Thought in Tsarist Russia. The Quest for a General Science of Society, 1861-1917*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976, 294 pp.

[26] Sobre las relaciones entre Kelsen y B. A. Kistiakovskij, *cfr. op. cit.*, pp. 125 y ss.

[27] H. Plessner, "Die Legende von den Zwanziger Jahren", in *Festigabe für Rudolf Smend* (Staatverfassung und Kirchenordnung), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962, pp. 209-224.

# SOBRE LA CRÍTICA DE KELSEN AL MARXISMO

Juan Ruiz Manero

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Críticas teóricas y actitudes ideológicas.* 3. *Predicción y programa en el marxismo.* 4. *La dialéctica.* 5. *El concepto de "Estado".* 6. *La extinción del Estado.* 7. *La dictadura del proletariado.* 8. *Las teorías jurídicas del marxismo. El derecho como ideología; el "derecho revolucionario".* 9. *Stucka.* 10. *Rejsner.* 11. *Pasukanis.* 12. *Vysinskij.* 13. *Algunas críticas a la crítica de Kelsen.*

## 1. Introducción

Mario G. Losano ha caracterizado el conjunto de los trabajos en los que Kelsen fue construyendo y desarrollando la teoría pura del derecho como un *opus perpetuum* en los tres sentidos siguientes: en primer lugar, en el de *monumentum aere perennius* de la cultura jurídica; en segundo, en el de *perpeutum mobile*, esto es, indicando su carácter "de teoría en continua transformación"; por último, aludiendo a que se trata de una "obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo, aunque fragmentada, por exigencias contingentes, en ensayos, libros y reediciones".[1]

Si partimos de la consideración (probablemente indiscutible por su misma trivialidad) de que el marxismo y las diversas críticas a él dirigidas —desde que, a finales del XIX, sufriera su primera "crisis"— constituyen uno de los ejes principales en el desarrollo de las ciencias sociales del último siglo, no nos será difícil concordar en atribuir también a los trabajos kelsenianos sobre Marx y los marxistas la calificación de *opus perpetuum* en el primero de los sentidos señalados por Losano: esto es, valorarlos como un *monumentum aere perennius* del pensamiento social contemporáneo. Pues la crítica de Kelsen al mar-

[1] M. G. Losano: "La teoría pura del derecho del logicismo al irracionalismo", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 2, 1985, pp. 55 y 57. Este trabajo de Losano se publicó originalmente como estudio preliminar a la trad. italiana de la obra póstuma de Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen (Teoria generale delle norme*, ed. de M. G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985).

xismo —que se extiende a lo largo de cuatro decenios, desde *Socialismo y Estado* (1ª ed.: 1920) hasta, por lo menos, *La teoría comunista del derecho* (1955—[2] es con seguridad sólo comparable, en cuanto a su importancia, con la de Popper, a la que por cierto se anticipa —como se tendrá ocasión de ver— en varios puntos centrales. Y, a este respecto, el que el autor de *La miseria del historicismo* (1944-1945) y *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945) no parezca haber entrado en contacto con la obra previa de Kelsen sobre el marxismo y el que, a la inversa, este último no muestre, en sus trabajos sobre el tema de las décadas 40/50, ningún conocimiento de los textos de Popper es, ciertamente, una manifestación bien elocuente de la incomunicación que ha venido tradicionalmente separando a los teóricos del derecho de los cultivadores de otras ramas de la teoría social. Como también es altamente significativo, en este orden de cosas, el que mientras los trabajos de Popper sobre el marxismo han gozado de una difusión amplísima —hasta el punto de que al menos su existencia es conocida por cualquier rama de las ciencias sociales— los correspondientes escritos kel-

[2] Las principales obras de Kelsen directamente dirigidas a la crítica del marxismo se citan así:

—*Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus* (1ª ed.: 1920; 2ª ed. ampliada —esencialmente con notas críticas al libro de Max Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, publicado en 1922, que a su vez era una respuesta a la primera edición de *Sozialismus und Staat*, 1923) por la traducción castellana de Alfonso García Ruiz de la 2ª edición: *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, con una introducción de R. Racinaro sobre *Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta*, Siglo XXI, México, 1982 (la introducción de Racinaro se publicó originalmente como estudio preliminar a la trad. italiana de *Sozialismus und Staat*: de Donato, Bari, 1978). Hay otra reciente trad. castellana de *Sozialismus und Staat* a cargo de Rolf Behrman, con una presentación de Enrique Zuleta Puceiro: Edersa, Madrid, 1985.

—*Marx oder Lassalle. Wandlugen in der politischen Theorie des Marxismus* (1924) por la trad. castellana —*Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo*— publicada como apéndice a la trad. cast. de *Sozialismus und Staat* de Alfonso García Ruiz citada.

—*Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (1931) por la traducción italiana de Francesco Riccobono: *La teoria generale del Diritto e il materialismo storico*, con introducción al mismo Riccobono, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1979.

—*The Political Theory of Bolchevism. A Critical Analysis.* (1948) y *The Communist Theory of Law* (1955) por la trad. castellana conjunta de ambas obras a cargo de Alfredo J. Weiss publicada con el título de *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Emecé Ediciones, Buenos Aires, 1957.

senianos no hayan sido más que raramente leídos fuera del universo de los juristas.[3]

Pero si los trabajos de Kelsen sobre la teoría pura del derecho pueden ser calificados de *opus perpetuum* también en el segundo de los sentidos indicados, en el de *perpetuum mobile* —pues, en efecto, el andamiaje conceptual de la teoría pura fue enriqueciéndose mediante desarrollos, integraciones y rectificaciones durante los sesenta años que separan los *Problemas capitales de la teoría del derecho público* de *La teoría general de las normas*—[4] de ninguna manera puede decirse otro tanto de la obra kelseniana sobre el marxismo. Muy al contrario, en este terreno parece como si casi todo lo que de importancia Kelsen tuviera que decir lo hubiera dicho ya en sus obras fundamentales sobre el tema de los años 20 y 30: *Socialismo y Estado* y *La teoría general del derecho y el materialismo histórico*. Frente a ellas, los textos de los años 40/50 —*La teoría política del bolchevismo, La teoría comunista del derecho*— pese al carácter indudablemente más completo del segundo de ellos por lo que hace a las teorías jurídicas marxistas, no contienen aportaciones propiamente novedosas y presentan, como ha señalado F. Riccobono, "un estilo repetitivo y sin viveza".[5] A ello probablemente no es ajena la circunstancia de que la relación entre la crítica del marxismo y la propia teoría kelseniana del derecho sea muy distinta en uno y otro periodo: en las obras de los años 20/30 la crítica del marxismo constituye, como ha indicado el mismo Riccobono,[6] un momento esencial en la construcción misma de

[3] Y, aun dentro de los juristas, no deja de ser sintomático que Alf Ross, en el parágrafo de *Sobre el derecho y la justicia* dedicado a *El historicismo económico de Marx*, en el que formula críticas reconducibles sin dificultad a Kelsen, no cite sin embargo en su apoyo los escritos kelsenianos de crítica del marxismo, sino única y precisamente a Popper (Alf Ross: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 336-339).

[4] *Hautprobleme der Staatrechtslehre* se publicó, como se sabe, en 1911. La redacción del manuscrito de la *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada póstumamente en 1979, no se prolongó, según los datos disponibles, más allá de la segunda mitad de los años sesenta (*cfr.* Mario G. Losano: *op. cit.*, en nota 1 y Kisimierz Opalek: *Uberlegungen zu Hans Kelsen "Allgemeine Theorie der Normen"*, Manz. Wien, 1980).

[5] F. Riccobono: *Introduzione a La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 1.

[6] Riccobono ha subrayado que *La teoría general del derecho y el materialismo histórico* "es obra de notable importancia para la comprensión de los fundamentos teóricos de la *Reine Rechtslehre* de 1934" advirtiendo que en la primera de estas obras "se anticipan páginas enteras de la *Reine Rechtslehre* con idéntico contenido conceptual e idéntica forma literaria" (*op. cit.*, p. 1).

la teoría pura —que se encuentra entonces *in statu nascendi*— y un excepcional banco de pruebas de su fecundidad; los textos de los años 40/50 —periodo en el que la teoría pura se encuentra plenamente constituida desde tiempo atrás— se encuentran carentes de esa tensión intelectual que viene a ser el mayor atractivo de *Socialismo y Estado* y, sobre todo, de *La teoría general del derecho y el materialismo histórico*. Salvado esto —y ciertas diferencias en las *actitudes* del propio Kelsen que examinaremos seguidamente— las críticas filosóficas, teórico-políticas y teórico-jurídicas que Kelsen dirige al marxismo permanecen, en uno y otro periodo, globalmente invariables, no sólo en cuanto a su fondo, sino también, en una multiplicidad de ocasiones, en su misma expresión literal: lo que hace, desde luego, de la crítica kelseniana al marxismo un modelo de *opus perpetuum* en el tercero de los sentidos distinguidos por Losano, el que alude al carácter intrínsecamente unitario de una obra editorialmente dispersa.

## 2. Críticas teóricas y actitudes ideológicas

"Es importante para mí afirmar con toda energía —escribe Kelsen en el prefacio a la 2ª edición de *Socialismo y Estado* —que mi escrito no se dirige contra el socialismo. Yo sólo me enfrento críticamente con el *marxismo* y, dentro de él, sólo con su teoría política",[7] análogamente, en el prólogo a la traducción castellana de *La teoría comunista del derecho* y *La teoría política del bolchevismo*, leemos:

> Mis estudios [...] intentan una crítica científica, es decir, objetiva, que no involucra ningún juicio de valor moral o político en favor o en contra del sistema social comunista [...]. Es lógico que toda crítica presuponga un valor; pero el valor presupuesto por una crítica científica no es un valor moral o político, sino lógico; el valor de verdad, no de justicia.[8]

Los escritos kelsenianos de crítica del marxismo no se orientan, en efecto, en el sentido de una crítica ideológico-valorativa: no discuten el valor político o moral del proyecto socialista, sino el mérito científico de las teorías políticas y jurídicas marxistas: sus presupuestos filosóficos, su consistencia interna y rigor conceptual, su potencia ex-

[7] *Socialismo y Estado* (en adelante, S y E, p. 177).
[8] *Teoría comunista del derecho y del Estado* (en adelante, TcDE), pp. 9-10.

plicativa en la esfera del derecho y del Estado, su capacidad para trazar cursos de acción no incompatibles con el conocimiento objetivo.

Ello no impide, sin embargo, que estas obras nos suministren también —si bien nunca de manera central— ciertas indicaciones de interés sobre las *actitudes* de Kelsen, sobre sus simpatías y antipatías ideológico-políticas. Y, en este terreno, debe anotarse tanto la continuidad de ciertas actitudes básicas como determinadas inflexiones entre las obras de los años 20/30 y las posteriores.

2.1. Hay continuidad entre ambos periodos en la simpatía por un socialismo no marxista, reformista en su comportamiento político y que considere al Estado como instrumento no eliminable de la transformación social; hay continuidad también en la oposición al socialismo de inspiración marxista, partidario de una acción política revolucionaria y extincionista en su concepción de las finalidades últimas de esta acción. El laborismo británico permanece, en este sentido, como punto de referencia constante para Kelsen. Así, el escrito de 1924 *Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo* acaba con citas del líder laborista MacDonald, acompañadas de expresiones de aprobación por parte de Kelsen, quien considera "la *posición de primera línea del socialismo inglés*" reflejada en los textos de MacDonald como uno de los elementos que con más firmeza permiten augurar el abandono de la teoría política marxista —que "se ha mostrado insostenible"— por parte del movimiento socialista y su reemplazo por una nueva concepción "no hostil al Estado" que Kelsen auspicia condensándola en la fórmula del *regreso a Lassalle*.[9] En 1948, en la introducción a *La teoría política del bolchevismo* aparece de nuevo la alusión al laborismo británico como contrafigura, ahora, del modelo soviético. Admitiendo que de la opción por una u otra vía "dependerá quizá la suerte de la humanidad" escribe Kelsen: "La tentativa rusa de establecer el socialismo mediante la revolución y la dictadura del partido comunista ha encontrado un rival en el empeño del pueblo inglés por alcanzar la misma meta por el camino de la evolución y bajo una verdadera democracia en el sentido tradicional del vocablo".[10]

2.2. Esta continuidad de actitudes básicas coexiste con elementos diferenciadores entre uno y otro periodo, que residen, en mi opinión, fundamentalmente en tres puntos: 1) en la implicación personal mostrada por Kelsen en relación con el socialismo; 2) en el tratamiento

[9] *Marx o Lassalle*, en *S y E*, pp. 399-402.
[10] *TcDE*, p. 272.

del sistema político soviético; 3) en la posición adoptada respecto a la posibilidad de integración de su propia construcción teórico-jurídica en la concepción materialista de la historia.

2.2.1. En los textos del primer periodo cabe espigar diversos pasajes en los que es perceptible una actitud de compromiso personal por parte de Kelsen con el proyecto socialista y con el destino político del movimiento obrero. Así, por ejemplo, en *Socialismo y Estado*, aludiendo a la implantación de "un ordenamiento económico comunista" escribe que ésta es "una experiencia a la que no se debe renunciar a causa de la posibilidad que existe en ella de un mejoramiento de las condiciones insoportables del capitalismo".[11] En *Esencia y valor de la democracia*, teniendo como punto de mira no tanto la "catástrofe administrativa" de la Rusia soviética, como los sucesos de Alemania y Austria, manifiesta que "es un hecho dramático que el Gobierno, allí donde ha sido arrebatado por el proletariado, cayese en manos inexpertas, que por ello no fueron capaces de retenerlo".[12] Finalmente, en *Marx o Lassalle* parece presentar su propia crítica científica de la teoría política marxista como orientada a esclarecer a la clase obrera respecto a la utilización de la maquinaria estatal. Escribe así:

> La suerte de esa clase [la clase obrera], que ahora debe y —a pesar de todas las doctrinas— puede utilizar la maquinaria estatal sin extraviar el camino con la destrucción revolucionaria por amor a una doctrina que ya cumplió su objetivo de agitación y de la que por lo mismo debe olvidarse cuando ascienda, depende del hecho de que el aparato estatal llegue intacto a sus manos. Este es el momento en que la teoría política del marxismo debe derrumbarse.[13]

Sería vano buscar en los trabajos kelsenianos de los años 40/50 pasajes análogos —en cuanto a la toma de partido por el movimiento obrero expresada en ellos— a los aquí citados.

2.2.2. También en el análisis del poder soviético hay un camino de acentos notable entre ambos periodos de la crítica kelseniana. En los textos de los años 20 Kelsen dirige al sistema político soviético críti-

[11] *S y E*, p. 302.

[12] *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra de la 2ª ed. (1929) de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Labor. Barcelona, 1977, p. 125. El volumen incluye un prólogo de Ignacio de Otto y el trabajo de Peter Romer, *La teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología*.

[13] En *S y E*, p. 375.

cas importantes, de las que probablemente las más significativas sean las siguientes: primero, la Constitución soviética, lejos de realizar el principio de universalidad de los derechos políticos, priva de los mismos a algunos sectores de la población (la "burguesía") y los atribuye de manera desigualitaria al resto (sobre representación del proletariado industrial frente al campesinado): de acuerdo con ello, la Constitución soviética no es una Constitución democrática, sino precisamente "la negación de la democracia": en tanto que garantiza situaciones de privilegio político se trata de una Constitución a la que cuadra con propiedad el calificativo de "aristocrática"; [14] segundo, es incompatible con los valores democráticos la justificación ideológica de este privilegio político del proletariado, basada en la consideración de que "el proletariado no representa una clase limitada, sino más bien toda la sociedad, por lo menos la sociedad del futuro"; pues esta atribución de universalidad a los intereses proletarios "es la absolutización del ideal político de una determinada visión de la sociedad; es la ficción típica de todo régimen aristocrático y autocrático; es ante todo, la ideología de la teocracia"; [15] tercero, los ideólogos soviéticos —muy especialmente Lenin— han desplazado el significado del término "democracia", que ha dejado de indicar un determinado método para la creación del orden social para pasar a hacer referencia al contenido de ese mismo orden; este desplazamiento cumple la función —dando lugar, así, a lo que hoy llamaríamos una *definición persuasiva*— de utilizar "la gran autoridad y el crédito de que el lema de la democracia goza" en favor de "un sistema expresamente dictatorial".[16]

Estas críticas —sobre algunas de las cuales volveremos más adelante— van, sin embargo, acompañadas del señalamiento de aspectos positivos, entre ellos el propio sistema piramidal de soviets y la posibilidad permanente de revocación de los representantes que este sistema contempla. Escribe, en este sentido: "cuando se señala el hecho de que la elección indirecta por parte de las personas *reunidas diariamente en las empresas* es más adecuada para expresar las intuiciones de las masas que cambian rápidamente en la revolución, que el pesado aparato de las elecciones universales y directas, que sólo se ponen en movimiento en intervalos de tiempo más largos, ésto es ciertamente

[14] *S y E*, pp. 338 y 346.
[15] *S y E*, pp. 347-348.
[16] *Esencia y valor de la democracia*, pp. 127-128.

exacto";[17] y, refiriéndose a la "posibilidad —que existe evidentemente en relación con los miembros de *todos* los soviets— de una revocación en cualquier momento, sobre la base de una evaluación *libre*" señala que "en este punto precisamente la Constitución consiliar soviética realiza un principio absolutamente *democrático*. Y supera las degeneraciones de la democracia que en el sistema representativo surgieron (...)".[18] También valora Kelsen muy positivamente la equiparación de derechos políticos entre nacionales y extranjeros residentes en el territorio por razón de trabajo llevada a cabo por la Constitución soviética: esta equiparación constituye, en su opinión "un *acto de importancia histórico-universal* y un fuerte paso hacia la realización del concepto —absolutamente democrático— de humanidad".[19]

En la obra de 1948 en que vuelve sobre el tema —*La teoría política del bolchevismo*— ya no hay mención alguna de eventuales aspectos positivos. Y, lo que tiene quizás más interés, asistimos en ella a un curioso giro iusrealista difícilmente ajustable a los postulados metódicos kelsenianos, mediante el que se distingue, para dar cuenta del sistema de poder soviético, el *law in books* del *law in action*.[20] La Constitución stalinista de 1936 —que eliminaba las anteriores discriminaciones clasistas respecto al derecho de sufragio—[21] es estudiada en dos apartados de este trabajo. En el primero de ellos *(La Constitución de 1936)*, Kelsen, de manera plenamente conforme con su concepción de la labor del jurista teórico, atiende al contenido ideal de las normas constitucionales, desprendiéndose de su análisis que "la Constitución soviética satisface todos los requisitos de una democracia avanzada, salvo uno: no hay libertad para la formación y la actividad de partidos

[17] *S y E*, p. 337. *Cfr.*, en el mismo sentido, *Esencia y valor de la democracia*, p. 61.

[18] *S y E*, p. 340.

[19] *S y E.*, p. 328. En el mismo sentido, *Esencia y valor de la democracia*, p. 34.

[20] Sobre este sorprendente giro iusrealista de Kelsen ha llamado también la atención R. Guastini: *La dottrina pura del diritto e il marxismo*, en *id.: Lezioni di teoría analitica del diritto* Giappicheli, Torino, 1982, pp. 182, y ss. (Una versión algo más breve de este trabajo de Guastini, con el título de *Kelsen, crítico del marxismo*, se encuentra en el volumen *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, ed. de Carlo Roehrsen, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, pp. 135 y ss.).

[21] Sobre la Constitución soviética de 1936, *cfr.* Manuel García Álvarez: *Textos constitucionales socialistas*, Colegio Universitario de León, 1977, pp. 41-56. La valoración oficial de la misma puede verse en la *Historia del partido comunista de la URSS* redactada en 1938 por una comisión del comité central bajo la inspiración de Stalin (cito por la trad. francesa: *Histoire du parti communiste (bolchévik) de l'URSS*, Editions Gitle-Coeur, Paris, s. f., pp. 322-326).

políticos".[22] Sin embargo, en el apartado siguiente *(La realidad política en la Rusia soviética)* —que empieza significativamente con los términos "en la realidad [...]"— Kelsen contrapone al sistema de normas constitucionales válidas la descripción del funcionamiento efectivo del sistema político, para concluir que "la Constitución soviética de 1936 es una espléndida fachada democrática detrás de la cual un grupo relativamente reducido de hombres ejercen un control sin restricciones sobre una de las naciones más grandes del mundo".[23]

2.2.3. Un contraste aún más evidente presentan ambos periodos de la crítica kelseniana por lo que hace a la posición adoptada en uno y otro frente a la posibilidad de integración de la teoría pura del derecho en la concepción materialista de la historia. En *La teoría general del derecho y el materialismo histórico* (1931) señala Kelsen que

> la tarea propia de la concepción materialista de la historia respecto a la teoría general del derecho no puede consistir más que en tratar de mostrar la teoría general del derecho —tal como se presenta en las obras de los juristas burgueses y se enseña en las Facultades estatales— como una ideología, o, al menos, en poner de manifiesto la función ideológica de los conceptos y de las tesis producidos por ella.[24]

Pues bien, más que los autores marxistas (prisioneros, ellos también, de los dualismos ideológicos de la teoría del derecho tradicional), es la teoría pura del derecho (que, obedeciendo exclusivamente a móviles científicos, no hace suyo el fin político que la concepción materialista de la historia considera propio, ni ningún otro) quien está realizando "desde hace dos decenios", este programa antiideológico correspondiente a la concepción materialista de la historia, llevando a cabo

> una enérgica lucha contra la mayor parte de las posiciones de la teoría jurídica tradicional, y precisamente con arreglo al método de una crítica de la ideología. En este punto —concluye Kelsen— los resultados de esta tendencia de la más reciente ciencia jurídica coinciden en amplísima medida con las tendencias de la concepción materialista de la historia y redundan en su favor.[25]

[22] *TcDE*, p. 336.
[23] *Id.*, pp. 338-9.
[24] *La teoria generale del diritto e il materialismo storico* (en adelante *TGD em.s.*), p. 55.
[25] *Id.*, p. 56.

Por el contrario, en *La teoría comunista del derecho* (1955), el acento se desplaza hacia la consideración del marxismo como incompatible en su raíz con una teoría aideológica del derecho: así, tras señalar el "carácter abiertamente ideológico" de la teoría jurídica soviética "determinada esencialmente por los intereses políticos del gobierno soviético", advierte Kelsen que este

> carácter ideológico de la teoría soviética del derecho es consecuencia inevitable del principio marxista —contrario al postulado antiideológico— de que la ciencia social en general y la ciencia del Estado y del derecho en particular tienen que ser políticas, es decir, tienen que traducirse en fórmulas que puedan ser usadas en la lucha política de un grupo contra otro.[26]

2.3. Estos desplazamientos en la actitud de Kelsen frente al socialismo y al marxismo tienen, sin duda, interés como elementos de la entera biografía espiritual (es decir, no meramente teórico-jurídica) kelseniana. Y, en este sentido, nos muestran a un Kelsen cuya evolución viene a coincidir con la de tantos intelectuales liberales (en el mejor sentido de la expresión) que de un interés positivo —si bien, al menos en el caso de Kelsen, siempre crítico— hacia el marxismo y hacia las experiencias socialistas pasaron después —tras la identificación del marxismo con la ideología del régimen vigente en la URSS y tras la evolución de este mismo régimen— a adoptar actitudes de clara hostilidad.[27]

[26] *TcDE*, pp. 266-267.

[27] Francamente exagerada me parece la observación incidentalmente formulada por Mario G. Losano, a tenor de la cual *La teoría comunista del derecho* de 1955 fue "un peaje pagado al maccarthismo" (Mario G. Losano: *La dottrina pura del diritto e la psicoanalisi*, en Id.: *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, p. 138). Conviene advertir en todo caso —para percibir adecuadamente los límites de la evolución ideológica kelseniana en relación con otros intelectuales adscribibles a análoga atmósfera cultural— que Kelsen jamás llegó a las conclusiones de un Popper, quien, en su *Unended Quest*, escribe que "una cosa tal como el socialismo combinado con la libertad individual [...] no es más que un bello sueño [...]; el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad" (K. R. Popper: *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. de Carmen García Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, p. 49). Kelsen, bien al contrario, y precisamente el mismo año en que publica *The Communist Theory of Law*, escribe en *Foundations of Democracy* que "ni el capitalismo ni el socialismo se encuentran conectados por su naturaleza con un determinado sistema político. Cada uno de ellos puede instituirse tanto bajo un régimen democrático como bajo un régimen autocrático"; en explícita polémica contra la afirmación de F. A. Hayek de que la economía planificada requiere la supresión de la libertad indica que, en este

Ello no obstante, la importancia de estos cambios en las actitudes kelsenianas no debe ser exagerada. Y ello no tanto porque todas las cuestiones de actitud se encuentren, en opinión de Kelsen, situadas fuera del universo de la razón, sino, sobre todo, por la más decisiva circunstancia de que —como ya se ha indicado— las críticas teóricas de Kelsen al marxismo permanecen constantes, de uno a otro periodo, sin verse afectadas por estas inflexiones en las actitudes de su autor. Esta permanencia de sus posiciones y críticas teóricas frente a sus propios cambios de actitud permite exponer unitariamente las primeras y —lo que es más importante— constituye sin duda un argumento no desdeñable, que quizá fuera del agrado del propio Kelsen, en favor del carácter aideológico de las mismas.

### 3. Predicción y programa en el marxismo

"Para nosotros —escriben Marx y Engels en *La ideología alemana*— el comunismo no es un *estado* que deba implantarse, un *ideal* al que haya de sujetarse la realidad. Nosotros llamamos comunismo al movimiento real que anula y supera al estado de cosas actual".[28]

Para Kelsen, la concepción expresada en este texto —en el que la idealidad no se reconoce como tal, escondiéndose bajo la apariencia de una descripción moralmente neutra— refleja "la confusión más radical de los límites entre realidad y valor" [29] al presentar "postulados ético-políticos revolucionarios como leyes de desarrollo que se realizan por una necesidad natural".[30] La ignorancia —que el marxismo hereda de Hegel— de la *gran división* entre *ser* y *deber ser* tiene, en opinión de Kelsen, consecuencias devastadoras para esta doctrina,

orden de cosas "el experimento ruso, limitado a una gran potencia y algunos pequeños satélites, y al lapso de una sola generación, no prueba nada"; y, finalmente, aludiendo a "los ideólogos del socialismo no marxista [que sostienen que] la democracia debe combinarse con el socialismo" comenta: "personalmente no soy contrario a este programa político y creo que la democracia es compatible con el socialismo" (*Foundations of Democracy*, en "Ethics", LXVI (1955), nº 1, parte II, pp. 68, 77 y 75. En adelante, este trabajo se cita como *FD*).

[28] K. Marx-F. Engels: *La ideología alemana*, Ed. Pueblos Unidos, Montevideo, 1968, p. 37. *La ideología alemana* permaneció inédita, como se sabe, hasta 1932. No pudo ser tomada en cuenta, pues, por Kelsen en sus primeras obras de crítica del marxismo, aunque sí es varias veces citada en *La teoría comunista del derecho*. He escogido, en todo caso, este pasaje —de entre otros muchos del mismo género que pueden encontrarse en Marx— por expresar muy diáfanamente aquello que constituye el objeto de la crítica kelseniana.

[29] *S. y E.*, p. 179.

[30] *Id.*, p. 184.

tanto si es contemplada desde el punto de vista normativo como si se atiende a su pretensión de constituir una teoría explicativo-predictiva del desarrollo de la sociedad.

3.1. Desde un prisma *normativo*, el marxismo resulta insostenible porque, dada la irreductibilidad de los valores a los hechos, "jamás de los jamases se puede dar una respuesta al justo fin de la acción a través del conocimiento de lo que acontece y tal vez, verosímilmente, habrá de acontecer"; de forma que "es indiferente —para el valor y precisión de un fin— que su realización se presente como inevitable". Y así "ni siquiera la comprobación de las tendencias más fuertes del desarrollo hacia un orden socialista de la sociedad [...] es capaz de justificar el socialismo como programa político, como fin del querer y del actuar".[31] El intento de fundamentación del fin orientador de la acción en su pretendida inevitabilidad futura configura, pues, al marxismo como una especie más de naturalismo ético (de tipo historicista).

3.2. La autopresentación del marxismo como teoría científica, explicativo-predictiva, del acontecer social no queda mejor parada: pues la profecía del comunismo no es prognosis científica, sino —al igual que las "tendencias naturales" de los iusnaturalistas— fruto de una valoración no declarada introducida en el examen del desarrollo social: "así como la doctrina del derecho natural —escribe— puede deducir de la naturaleza sólo lo que ha proyectado previamente en ella [...] la verdad social que Marx pretende hacer surgir de la realidad social es su propia ideología socialista, proyectada sobre aquélla",[32] "este descubrimiento científico [el comunismo como término al que se dirige la evolución social] es posible sólo porque el valor pretendidamente descubierto ha sido previamente proyectado a la realidad".[33] El marxismo no es, pues, una teoría científica, sino más bien una filosofía teleológica de la historia.[34]

[31] *Id.*, p. 180.

[32] *La teoría comunista del derecho* (*TcDE*, p. 42).

[33] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 72).

[34] Es probablemente en estos puntos —consideración del marxismo como naturalismo (historicista) ético; carácter no científico de la predicción del comunismo— donde las críticas de Kelsen y de Propper al marxismo presentan una mayor proximidad. La reconstrucción de la metaética de Marx y la crítica a la misma son substancialmente coincidentes en ambos autores (*Cfr. La sociedad abierta y sus enemigos*, 1945, trad. cast. de Eduardo Laedel, Paidós Ibérica, Barcelona, 1981, pp. 370-380) si bien Popper muestra, por así decirlo, una comprensión empática de las motivaciones que llevaron a Marx a adoptar una concepción tal de la ética —y que puede resumirse en la frase: "Marx evitó formular una teoría moral explícita porque aborrecía los sermones" (*op. cit.*, p. 370)— que está por completo ausente

## 4. La dialéctica

La dialéctica constituye otro de los blancos de la argumentación kelseniana contra los presupuestos filosóficos del marxismo. Las críticas afectan, a este respecto, 1) a la identificación entre oposiciones reales y contradicciones lógicas y 2) al carácter valorativo de la concepción dialéctica del cambio.

4.1. La filosofía dialéctica que el marxismo hereda de Hegel identifica, en opinión de Kelsen, oposiciones reales y contradicciones lógicas: ello hace a las teorías marxistas no susceptibles de control racional dado que, sobre la base de dicha identificación, los marxistas consideran que poner de relieve la presencia de proposiciones contradictorias en el interior de una teoría no constituye una objeción a la misma. Ya en *La teoría general del derecho y el materialismo histórico* encontramos advertencias en este sentido: a propósito de ciertas consideraciones de Pasukanis sobre las contradicciones de la teoría burguesa del derecho como fiel reflejo de las contradicciones del derecho burgués, escribe Kelsen:

> Toda esta argumentación de una dialéctica que se pierde en místicas tinieblas vive de un equívoco inadmisible. Llamando a una real oposición de intereses "contradicción", no se adquiere el derecho de identificarla con una contradicción lógica. Se puede representar una oposición real de intereses igual que la relación de dos fuerzas físicas que actúan en dirección opuesta sin ninguna contradicción lógica. Esto nunca será puesto de relieve con suficiente energía contra todo intento dialéctico de oscurecimiento [...] La identificación de oposición real y contradicción lógica sólo puede enredar en contradic-

de los escritos kelsenianos. Asimismo, hallamos en Popper una apreciación muy positiva de lo que llama el "radicalismo moral" de Marx —al que sitúa más allá de su autoconsciencia explícita en este terreno— que tampoco es posible encontrar en Kelsen.

Respecto a la no cientificidad de la predicción del comunismo, también Popper señala la presencia en ella de "un alto grado de pensamiento emocional" (*La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. cast. cit., p. 368); sin embargo, la razón principal del rechazo de las pretensiones de la misma de constituir una predicación científica, y de su consideración como *profecía*, es para Popper, como se sabe, su carácter *incondicionado* y, por ello, *irrefutable* (*Cfr. La miseria del historicismo* (1944-45), trad. cast. de Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 1973, esp. p. 143 y *Predicción y profecía en las ciencias sociales* (1948), en *Conjeturas y refutaciones*, trad. cast. de Néstor Miguez y Rafael Grasa, Paidós Ibérica, Barcelona, 1983, pp. 403 y ss.).

ciones insoportables incluso una tal concepción dialéctica de la historia.[35]

Es sin embargo, en *La teoría política del bolchevismo* y en *La teoría comunista del derecho* donde la crítica kelseniana se explicita más y se dirige, no ya contra un determinado jurista marxista, sino contra el marxismo como tal: en la primera de ellas señala Kelsen que "Marx, lo mismo que Hegel, interpreta los conflictos de la lucha por la vida, el antagonismo entre grupos de intereses opuestos, y en especial el desacuerdo de fuerzas productivas y modo de producción, como contradicciones lógicas [...]; pero en contraposición a Hegel, y con menos coherencia que éste, no identifica pensamiento y ser".[36] En *La teoría comunista del derecho* caracteriza al marxismo como "una teoría que —bajo la guía de la lógica dialéctica de Hegel— transfiere las contradicciones lógicas del pensamiento al ser".[37] Ello explica por qué

> el que una teoría se enrede en contradicciones lógicas no constituye objeción desde el punto de vista de la nueva lógica, la lógica dinámica de la dialéctica, que Marx y Engels tomaron de la filosofía de la historia de Hegel [...] Si las contradicciones lógicas son inherentes a la realidad las contradicciones en el pensar no son un defecto lógico [...]. Marx y Engels hicieron abundante uso de la nueva lógica dialéctica [...].[38]

4.2. La concepción dialéctica del cambio (social, por lo que nos interesa) implica, en opinión de Kelsen, considerar que el valor es un atributo de la realidad (social) presente o futura (se trata, como puede verse, de la misma crítica recogida en el § 3, formulada ahora a propósito de la dialéctica). Ello le permite

> presentar lo que es simplemente un postulado político basado en juicios subjetivos de valor, como el resultado necesario de una evolución, determinada por leyes objetivas, que conduce necesariamente de un nivel inferior de cultura a otro más elevado. Si la realidad no corresponde al valor postulado, presuntamente inherente a aquélla, se transfiere al futuro la inexorable realización de ese valor.[39]

[35] *T.G.D. e.m.s.*, pp. 152-153.
[36] *T.c.D.E.*, p. 291.
[37] *T.c.D.E.*, p. 39.
[38] *T.c.D.E.*, pp. 78-79.
[39] *La teoría política del bolchevismo* (*T.c.D.E.*, p. 292).

Esta arbitrariedad en la atribución del valor, bien a la sociedad presente, bien a la futura, explica —junto con "su carácter totalmente optimista, su tesis de que la realización progresiva de un estado ideal de la humanidad es el resultado necesario del proceso histórico"—[40] la funcionalidad y adaptabilidad de la dialéctica a las exigencias de cualquier ideología política, tanto de signo conservador (Hegel) como revolucionario (marxista): pues "cualquier situación histórica puede ser interpretada de modo que represente la tesis, o la antítesis, o la síntesis, de acuerdo con la evaluación política que de ella haga el intérprete".[41]

## 5. El concepto de "Estado"

Una primera crítica de Kelsen a la teoría política del marxismo afecta a la definición de "Estado". En Marx y los marxistas, usualmente encontramos definiciones de "Estado" de tipo *funcional:* el Estado aparece definido en ellas —bajo una u otra formulación— como maquinaria dirigida al mantenimiento de la explotación de clase. Kelsen acepta que bajo esta definición funcional se halla algo que empíricamente es probablemente verdadero, aunque parcial, a saber: que el Estado bajo el capitalismo cumple efectivamente, entre otras, esta función de garantía de la explotación: "El Estado moderno —escribe— puede considerarse seguramente como un medio para el objetivo de la *explotación* económica de una clase por parte de otra" [42] si bien no es menos cierto, en su opinión, que ese mismo Estado "es apto para actuar *en la dirección* de la supresión de clases" como lo muestra "la legislación de política social [que] ha sido puesto en práctica por la

[40] *Id.* (*T.c.D.E.*, pp. 287-288).

[41] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 292). También en las críticas a la dialéctica hay una coincidencia notable entre Kelsen y Popper. En Popper se encuentra, sin embargo, una razón más en contra del principio dialéctico de admisibilidad de proposiciones contradictorias: se trata de la demostración de que "si se admiten dos enunciados contradictorios, entonces se debe admitir cualquier enunciado; pues de un par de enunciados contradictorios puede inferirse válidamente culquier enunciado", de modo que "si una teoría contiene una contradicción, entonces implica todo y, por lo tanto, nada" (*Qué es la dialéctica* (1937) en *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 375 y ss.: 381 y 383). Con todo, Popper parece tomarse menos en serio que Kelsen tanto la dialéctica como tal como el papel de la misma en el marxismo: las tesis de la dialéctica no habría tanto que tomarlas en su literalidad —como hace Kelsen— sino más bien como manifestaciones de una manera "vaga" y "metafórica" de hablar. Sobre esto se volverá más adelante.

[42] *S y E*, p. 189.

presión cada vez mayor de las organizaciones de los trabajadores".[43] Acepta también Kelsen —en este punto dice "estar de acuerdo plenamente con la teoría marxista"— el carácter ideológico de toda concepción del Estado como expresión de un presunto interés común: concepciones de este género constituyen una "ficción" que "consciente o inconscientemente persigue la finalidad de mantener obedientes a aquellos *contra* cuyos intereses existe en cada caso el ordenamiento estatal constrictivo".[44]

En el desacuerdo de Kelsen con el marxismo en punto al Estado hay, desde luego, una vertiente de tipo empírico, terreno en el que Kelsen discrepa —como se acaba de ver— de la tesis según la cual el Estado bajo el capitalismo sólo opera y sólo puede operar como instrumento de la explotación. Pero, más allá de este desacuerdo empírico, la principal divergencia entre Kelsen y el marxismo es de naturaleza propiamente conceptual. Pues lo que Kelsen impugna es que sea científicamente pertinente una definición funcional de "Estado" (o de "derecho": recuérdese que ambos términos denotan, en la teoría pura, el mismo objeto). En una definición de este tipo se pierde de vista precisamente lo específicamente jurídico-estatal, que no es una determinada función o contenido (que puede compartir con otros sistemas normativos no jurídicos: morales, religiosos...) sino precisamente una *forma* —esto es, el constituir un "sistema de normas que ordenan la constricción"—[45] que, en cuanto tal, puede servir para realizar cualquier función social o, lo que es lo mismo, puede llenarse de cualquier contenido: "el dominio llamado "Estado" u "ordenamiento jurídico", el llamado "aparato constrictivo" se caracteriza por constituir —escribe Kelsen— "una forma específica de la vida social, que puede asumir contenidos muy variables, un medio de técnica social, con el que se pueden perseguir los objetivos más diversos".[46] Además, una razón adicional para rechazar la definición funcional de "Estado" que el marxismo propone se halla en el hecho —y aquí la crítica de Kelsen es plenamente interna— de que, si se parte de dicha definición, una tesis importante del marxismo (la tesis de la dictadura del proletariado, del Estado de los proletarios) resulta inconsistente con ella, en tanto que su tesis programática final (la extinción del Estado) queda reducida a una mera tautología. En efecto, si se define

[43] *Id.*, p. 190.
[44] *Id.*, pp. 194-195.
[45] *Id.*, p. 188.
[46] *Id.*, p. 189.

el Estado como maquinaria coercitiva para la explotación de una clase por otra ¿cómo se cohonesta esta definición con la postulación de un Estado proletario para la fase de transición cuya función histórica haya de ser "la abolición definitiva de toda explotación de una clase por otra".[47] Y en cuanto a la extinción del Estado ("si por "Estado" sólo se entendiera la opresión de clase basada en la explotación [...] la famosa teoría de la "extinción del Estado" debería ir a parar en la afirmación de que, cuando desaparezca la opresión de clase basada en la explotación se extinguirá también la opresión de clase basada en la explotación".[48] Por todo ello concluye Kelsen que, tanto en el contexto de la "dictadura del proletariado" como en el de la "extinción del Estado", el concepto de "Estado" implícitamente usado por los marxistas es el de "orden coercitivo centralizado" es decir, "exactamente [aquel que] los marxistas tratan de ridiculizar como 'formalista', porque no incluye el objeto sustancial de esta maquinaria coercitiva, el contenido de este orden coercitivo".[49]

## 6. La extinción del Estado

6.1. La crítica a la tesis de la extinción del Estado constituye otro de los puntos nodales de la crítica kelseniana al marxismo como teoría política. Antes de ocuparnos directamente de ella es conveniente, sin embargo, prestar alguna atención a la reconstrucción filológica que Kelsen hace del lugar y de la importancia de la tesis extincionista en el conjunto de la doctrina marxista. En este sentido, no puede dejar de observarse en el análisis kelseniano de los textos marxistas sobre el tema la existencia de un *salto* interpretativo para el que no se aduce justificación. Se trata de lo siguiente: cuando Kelsen examina la tesis de la extinción del Estado en Marx, su lenguaje es cauteloso a la hora de atribuírsela sin fisuras y se esfuerza en poner de relieve las oscilaciones que, en este punto, cabe encontrar en los textos de Marx; por el contrario, cuando su atención se dirige a los marxistas de la segunda generación o cuando alude al marxismo sin más, Kelsen presenta la extinción del Estado como el punto programático esencial de esta doctrina. Veámoslo:

[47] *La teoría política del bolchevismo* (*T.c.D.E.*, p. 296).
[48] *S y E.*, p. 192.
[49] *La teoría política del bolchevismo* (*T.c.D.E.*, p. 296).

6.1.1. Señala Kelsen que "se encuentran en Marx pasajes en los que éste se opone, de la manera más decidida, no simplemente al Estado de clase capitalista, sino al Estado en general".[50] Ejemplos particularmente característicos de esta presencia del "ideal anárquico" en Marx se encuentran, a juicio de Kelsen, en los análisis sobre la Comuna de París contenidos en *La guerra civil en Francia*.[51] Hay sin embargo —observa asimismo Kelsen— otros textos de Marx en los que su adhesión a las tesis extincionistas es mucho menos clara. Tal es el caso de la *Crítica del programa de Gotha*, en el que Marx, a propósito de la pregunta "¿qué transformaciones sufrirá el Estado en la sociedad comunista?" se abstiene de toda respuesta categórica para limitarse a apuntar que "esa pregunta sólo puede contestarse científicamente".[52] Comentando este pasaje, escribe Kelsen: "Marx, sin embargo, no dio esa respuesta 'científica' ".[53] Y, por lo que hace al pasaje sobre la "superación del estrecho horizonte del derecho burgués" en el comunismo (perteneciente asimiso a la *Crítica del programa de Gotha*), Kelsen hace ver que este *dictum* puede interpretarse tanto en el sentido de aludir a la superación del principio fundamental del derecho burgués (retribución según el trabajo) *en otro ordenamiento jurídico* que realice el principio de retribución según las necesidades, como en el de entender que Marx pretendía referirse a la superación de toda forma de ordenamiento jurídico.[54] Del análisis de los textos marxianos efectuado por Kelsen se deduce, pues, que no es posible dar una respuesta inequívoca a la pregunta de si el objetivo extincionista forma o no parte plenamente integrante del pensamiento político de Marx.

6.1.2. Es por ello sorprendente que el mismo Kelsen escriba poco después que "Lenin repitió correctamente los puntos de vista de Marx y Engels acerca de la última frase suprema del desarrollo socialista",[55] que "la teoría política tal y como la desarrollaron Marx y Engels es anarquismo puro",[56] y que, por ello, "el mérito indiscutible de los trabajos de Lenin y de los demás autores bolcheviques consiste en haber

[50] *S y E*, p. 247.
[51] *Cfr. S. y E.*, pp. 240 y ss.
[52] K. Marx: *Crítica del programa de Gotha* (citado por Kelsen en *S. y E.*, p. 258).
[53] *S y E.*, p. 259.
[54] *Id.*, pp. 200-261.
[55] *Id.*, p. 292.
[56] *Marx o Lassalle* (*S y E*, p. 368).

restablecido la verdadera teoría del Estado de Marx y Engels".[57] Calificada así la interpretación leninista como la única fiel a Marx, Kelsen reprochará a los marxistas defensores de la necesidad de un orden constrictivo también en la fase superior del socialismo (Kautsky, Renner, Bauer) no el fondo de sus posiciones —con el que obviamente estaba de acuerdo— sino su pretensión de presentarlas como no opuestas a la doctrina de Marx.[58] Ni la tajante atribución de ortodoxia al extincionista Lenin ni la no menos rotunda consideración como no marxistas de las orientaciones estatalistas de Kautsky, Renner o Bauer acaban de compadecerse bien con el propio análisis kelseniano de los textos de Marx.

6.2. Sea como fuere —y abandonando ya el campo de la *Marx-philologie kelseniana*— la tesis de la extinción del Estado constituye, como decía, uno de los blancos centrales de la crítica de Kelsen. La argumentación al respecto —que se repite prolijamente una y otra vez en sus diversas obras sobre el marxismo— puede reconducirse, en mi opinión, a las dos líneas siguientes: en primer lugar, la extinción del Estado como programa político es inconsistente con el programa económico del marxismo, que propugna la absoluta socialización de la economía y la centralización de las decisiones económicas; en segundo lugar, un orden social sin constricción, esto es, sin Estado, requiere determinadas condiciones factuales cuya realizabilidad no se encuentra en modo alguno fundamentada y es, en todo caso, incompatible con lo que sabemos de la naturaleza humana. Esta segunda línea argumentativa resulta, desde luego —independientemente de su razonabilidad—, chocante en quien, como Kelsen, ha criticado tanto toda forma de iusnaturalismo y ha enfatizado en tan gran medida la inexistencia de puentes entre "es" y "debe".

6.2.1. La primera de las líneas de crítica kelseniana a la tesis de la extinción del Estado es, como se ha indicado, inmanente al propio marxismo. Pues el programa económico de éste encuentra su culminación, en efecto, en una "organización de la economía rígida, colectivista-centralizada", mientras que su "doctrina política aspira eviden-

[57] *Id.* (*S y E*, pp. 368-369).

[58] *Cfr. S y E*, pp. 279-290 y *Marx o Lassalle* (*S y E*, pp. 375-394). Tan sólo escapa a este reproche H. Cunow, "uno de los mejores teóricos del marxismo", en opinión de Kelsen, pues este autor —en su libro *Die Marxsche Geschichts —Gesellschafts— und Staats-theorie*, Berlín, 1920 —presenta su propia posición estatalista como conscientemente ajena a la de Marx y Engels (*cfr. Marx o Lassalle* —*S y E*, pp. 394 y ss.—).

temente a un ideal anarquista-individualista".[59] Hay, por ello, una "contradicción, en el sistema del socialismo 'científico', entre la situación legal de la sociedad comunista del futuro, que se presume será de anarquía individualista, y la situación económica, que consistirá en el reemplazo de la 'anarquía de la producción capitalista' por una producción altamente organizada sobre la base de la propiedad colectiva de los medios de producción, concentrada necesariamente en manos de una autoridad central".[60] El que esta contradicción haya podido pasar inadvertida se ha debido en gran medida —observa Kelsen— a la "apariencia seductora" de la fórmula engelsiana según la cual en la sociedad comunista "el gobierno de las personas es sustituido por la administración de las cosas, por la dirección de los procesos productivos".[61] Pero la magia de esta fórmula se disipa en cuanto advertimos que la dicotomía entre dominio político sobre los hombres y administración económica de las cosas, sobre la que la misma se basa, resulta insostenible. Pues

> como las cosas son administradas y los procesos de producción son dirigidos por personas, la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción no son posibles sin un gobierno sobre las personas y poca duda cabe de que la centralización de todo el proceso de producción económica requerirá un alto grado de autoridad.[62]

6.2.2. La inconsistencia, interna al marxismo, de propugnar la extinción del Estado como programa político en tanto que, simultáneamente, se aboga en el plano económico por la colectivización centralizada no constituye, con todo, la razón principal del rechazo kelseniano de la tesis extincionista. Este se fundamenta más bien —y aquí la crítica se hace externa— en la consideración de que dicha perspectiva es irrealizable, por tener como fundamento una predicción no fundamentada de crecimiento económico virtualmente ilimitado y una imagen inadecuada de la naturaleza del hombre como ser social. La admisión de la realizabilidad del comunismo como sociedad anárquica se halla

[59] *S y E*, p. 271.

[60] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 77). *Cfr.* también *The Law as a Specific Social Technique* (1941) (trad. cast.: *El derecho como técnica social específica*, en *¿Qué es justicia?*, trad. y estudio preliminar de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, p. 166).

[61] El pasaje pertenece, como se sabe, al *Anti-Düring*. Kelsen lo cita en *S y E*, p. 270 y en *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 78).

[62] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 78); *cfr.* también *S y E*, p. 271).

condicionada, en efecto, en primer lugar, a la suposición de que "la socialización de los medios de producción aumentará la producción en tal medida que todas las necesidades económicas podrán ser satisfechas".[63] Esta suposición "no halla fundamento en nuestra experiencia social".[64] Por lo que hace a la fase socialista

> es cierto que [la socialización] implica una tendencia al aumento de la producción, pero también la tendencia opuesta; y los resultados de la socialización, en cuanto se ha podido observarlos hasta el momento, no confirman la optimista predicción de Marx.[65]

La predicción de "un aumento extraordinario de la producción" es aún menos plausible cuando se refiere a la fase propiamente comunista "ya que según Marx será abolida la división del trabajo, que es uno de los medios más efectivos de elevar la producción, tanto cualitativa como cuantitativamente".[66] Este carácter no ilimitado de la riqueza disponible originará la persistencia, también en la sociedad comunista, de conflictos distributivos, pues "entre las necesidades que los hombres subjetivamente sienten se producen conflictos tales que impiden que ningún orden social resulte capaz de satisfacer todas esas necesidades, si no es satisfaciendo unas a expensas de otras".[67] Y, por la misma razón, tampoco puede dejarse al arbitrio individual la determinación de las capacidades que cada uno ha de aportar al producto social, sino que "estas cuestiones deberán necesariamente ser decididas y resueltas por los órganos competentes de la colectividad según las normas de su ordenamiento".[68] Una eventual sociedad comunista, si bien eliminaría las clases sociales y, con ellas, los antagonismos de clase, no traería pues aparejada —contra lo que piensan los marxistas— la desaparición de todo conflicto económico: aun en una sociedad sin clases surgirán conflictos de esta naturaleza tanto en la esfera de la producción (determinación de las capacidades a aportar) como en la de la distribución (determinación de las necesidades a satisfacer).

Pero aun cuando la sociedad comunista lograra la eliminación de

[63] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 64).
[64] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 65).
[65] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 65).
[66] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 65).
[67] *Justice et droit naturel* (1959) (cito por la trad. cast.: *Justicia y derecho natural* en AAVV: *Crítica del derecho natural*, introd. y trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 72).
[68] *Id.*, p. 70.

todo conflicto económico —lo que, como acabamos de ver, no es el caso— ello no implicaría la realizabilidad de un orden social sin constricción. Pues no hay, en opinión de Kelsen, ninguna razón para pensar que la ausencia de conflicto económico haya de conllevar la desaparición de las restantes fuentes de enfrentamiento entre los hombres. A este respecto, Kelsen ve en el marxismo una concepción de la naturaleza humana cuyo decidido optimismo no tiene otra base más que lo que podríamos llamar un entendimiento injustificadamente monista de las determinaciones de la conducta social de los hombres: si el marxismo cree posible una sociedad básicamente aconflictual (y, por lo tanto, capaz de prescindir de un orden coercitivo) es porque considera que el antagonismo económico —que reduce a su vez el antagonismo de clase— es la única raíz relevante del comportamiento desviado y de la conflictividad social. Frente a tan sumario diagnóstico, la opinión kelseniana es que "lo que verdaderamente hace necesario un ordenamiento coercitivo" radica en ciertas constantes de la naturaleza humana situadas mucho más allá de la explotación económica de clase: se trata de "la oposición existente entre el ordenamiento social y los instintos, deseos e intereses de los hombres, cuyo comportamiento es regulado por el ordenamiento, para producir el estado de cosas querido por éste".[69] Por ello, la misma supresión de la explotación de clase requiere, para que esta última no resurja, un orden coercitivo: pues "la explotación económica, no estando en la naturaleza de las cosas, puede surgir tan sólo de la naturaleza de los hombres y por consiguiente —si no se confía en la completa transformación del hombre— deberá siempre ser impedida".[70] Y esta confianza "en la completa transformación del hombre" —esto es, la predicción de que la supresión de la explotación habrá de generar una comunidad en la que los hombres actúen espontáneamente de forma solidaria en sus diversas relaciones mutuas— constituye, por su parte, "el ejemplo escolástico de una utopía 'no científica', por no estar basada en experiencia alguna".[71] Antes al contrario, el conocimiento disponible abona más bien, según Kelsen, la predicción opuesta: pues "la psicología criminal demuestra que las circunstancias económicas no son las únicas causas de perturbación del orden social; que el sexo y la ambición representan un papel por lo menos tan importante como aquéllas, y quizá representen un papel más

[69] *T.G.D. e.m.s.*, p. 83.
[70] *Id.*, p. 84.
[71] *S y E*, p. 220.

importante aún cuando sean eliminadas las causas económicas".[72] Por todo ello, "sería una miopía incomprensible querer liquidar como meras diferencias factuales de opinión entre compañeros las dificultades que se presentan en el campo religioso, artístico y erótico, puesto que no existen divergencias de opinión que no puedan convertirse en un contraste de vida o muerte".[73]

## 7. La dictadura del proletariado

7.1. A propósito de la tesis de la dictadura del proletariado, como etapa preparatoria de la futura sociedad sin Estado, cabe observar, a juicio de Kelsen, un nuevo caso de contradicción interna en la doctrina marxista. Si en lo referente a la extinción del Estado la contradicción tenía lugar dentro de la vertiente programática de esta doctrina (sus programas político y económico serían mutuamente incompatibles) ahora la contradicción se daría entre una propuesta programática (la dictadura del proletariado) y la teoría explicativa del acontecer social propia del marxismo: el materialismo histórico o, como Kelsen significativamente prefiere decir, "la interpretación económica de la sociedad". Postular la dictadura del proletariado implica —argumenta Kelsen— abogar por la abolición de la explotación económica por medio de la dominación política, lo que resulta inconsistente con la explicación marxista de la dinámica social que, en la reconstrucción que el propio Kelsen hace de la misma, sostendría una relación de causalidad unidireccional entre economía y política. En la dictadura del proletariado —escribe— "la clase políticamente dominante es, por lo menos en cierta medida, explotada por la clase políticamente dominada; y el proletariado es la clase políticamente dominante, pero la burguesía es, por lo menos en cierta medida, la clase económicamente dominante. Esto representa el abandono total de la interpretación económica de la sociedad".[74]

[72] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 65).

[73] *S y E*, p. 273.

[74] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 53). El mismo argumento se repite en *Foundations of Democracy:* "En la transición del régimen capitalista al socialista, la interpretación económica de la sociedad, con su principio de la supremacía de la economía sobre la política, se derrumba de forma manifiesta. Para llegar a ser el grupo económicamente dominante, es decir, para establecer un sistema económico socialista, el proletariado debe antes llegar a ser el grupo políticamente dominante" (*FD*, p. 69).

7.2. Conviene advertir que cuando Kelsen señala la existencia de una contradicción entre la propuesta de la dictadura del proletariado y los esquemas interpretativos del materialismo histórico, el alcance del término "dictadura del proletariado" se circunscribe —como se habrá observado en el texto que se acaba de citar— al de "dominio de clase proletario",[75] siendo indiferente para la cuestión cuáles sean las formas políticas ("dictatoriales" o "democráticas" en el sentido del uso común de estas expresiones) que tal dominio de clase asuma. A este respecto debe subrayarse —contra lo que algún crítico ha objetado—[76] que Kelsen es perfectamente consciente de la peculiaridad del uso lingüístico marxiano del término "dictadura", que no hace referencia a una configuración institucional "despótica" del Estado, sino al carácter del mismo. Véase, por ejemplo, el siguiente pasaje de *Socialismo y Estado:*

> no puede caber duda de que Marx y Engels consideraron la democracia como la forma política en que se debía realizar la dictadura del proletariado. La palabra "dictadura" no puede ser ciertamente muy afortunada [... pero] la conciliabilidad de la "dictadura" en el sentido del uso lingüístico marx-engeliano, con la "democracia" no puede ponerse en duda, si se tiene presente la "dictadura" de la burguesía, de la que habla Marx.[77]

Y poco después:

> yo no he afirmado nunca, como cree Max Adler, que exista una contradicción entre democracia y dictadura, *en la forma en que Marx y Engels entienden este concepto* (...). La contradicción existe únicamente entre la democracia y para ser más precisos, la reivindicada por Marx y Engels tanto para el Estado de clase capi-

[75] Qué signifique la expresión "dominio de clase proletario" es, por otra parte, problemático, "ya que según el sentido de la concepción materialista de la historia, 'dominación' y 'opresión' deberían tener sólo el significado económico de la explotación" (*S y E*, pp. 213-214). De ahí que se pueda concluir que se trata de una expresión vacía: "un dominio de clase sin explotación económica no tiene sentido" (*id.*, p. 215).

[76] R. Guastini, en *La dottrina pura del diritto e il marxismo*, cit. en n. 20, cree ver en la crítica de Kelsen al marxismo una suerte de esencialismo lingüístico que entre otros efectos negativos, le impedirá comprender que, en el contexto del marxismo, "el sintagma 'dictadura democrática' —aún cuando suene como un abuso lingüístico— no es, en rigor, autocontradictorio" (p. 146). Sobre esta crítica de Guastini se volverá con detalle más adelante.

[77] *S y E*, p. 320.

talista como para el proletario, y la dictadura tal como es concebida por la teoría bolchevique.[78]

### 8. Las teorías jurídicas del marxismo. El derecho como ideología; el "derecho revolucionario"

8.1. La crítica de Kelsen a las teorías jurídicas del marxismo se desarrolla enteramente sobre las obras de los juristas soviéticos. El que ello sea así obedece a que en el periodo anterior a las mismas, el marxismo —como señala el propio Kelsen— "se había ocupado relativamente poco de los problemas de la teoría general del derecho" [79] y, en todo caso, no había dado a luz ninguna obra que se presentara como competitiva respecto a las teorías generales del derecho elaboradas por autores "burgueses". El único libro importante de temática jurídica que produjo el marxismo pre-soviético fue el de Karl Renner, *Las instituciones del derecho privado y su función social*, pero este escrito —de nuevo en palabras de Kelsen— "no es propia o principalmente una crítica de la teoría burguesa del derecho, sino una investigación sobre el derecho burgués, sobre la función real y sobre los cambios de las funciones de sus institutos".[80] La obra de Renner constituyó, pues, más una aportación externa y complementaria que una alternativa con vocación de disputar su propio terreno a las teorías generales del derecho no marxistas.

Junto al tomar a los juristas soviéticos como blanco de referencia casi exclusivo, la crítica kelseniana al marxismo jurídico presenta otra

[78] *Id.*, p. 335 n. Ello no obstante, en Marx y Engels ya habría una cierta tendencia —luego radicalizada en la doctrina bolchevique— a desplazar el significado del término "democracia" hacia el *contenido* del orden jurídico, ubicando en un lugar algo secundario la *forma* de creación del mismo (*Cfr.*, en este sentido, *La teoría política del bolchevismo —T.c.D.E.*, pp. 324-326— y *FD*, pp. 5-6 y 68-69).

[79] *T.G.D. e.m.s.*, p. 58.

[80] *Id.*, pp. 58-59. Ello no obstante, N. Leser ha puesto de relieve la existencia de importantes coincidencias entre Kelsen y Renner *en el plano de la teoría del derecho y de la teoría de la ciencia jurídica*. Según Leser, dichas coincidencias serían principalmente las siguientes: a) la oposición al sincretismo metodológico y a la infiltración de la sociología en la jurisprudencia; b) la consideración de que la eficacia de las normas es de la incumbencia del economista y del sociólogo y queda fuera de la sistematización jurídica; c) la consideración de las nociones de "deber jurídico" y de "sanción" como eje de la teoría del derecho y del "derecho subjetivo" como técnica prescindible; d) la derivación del derecho subjetivo del derecho objetivo y no a la inversa (*cfr.* N. Leser: *Hans Kelsen y Karl Renner*, en AAVV, *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, trad. cast. de E. Volkening, Temis, Bogotá, 1984, pp. 68-69).

particularidad digna de mención en relación con sus críticas filosóficas o teórico-políticas: mientras que en el plano filosófico Kelsen se refiere casi invariablemente al marxismo *in toto* y en el plano teórico-político tan sólo tiene presente la gruesa dicotomía entre marxistas revolucionario/extincionistas y marxistas reformista/estatalistas, en sus críticas a las teorías jurídicas del marxismo aborda autor por autor y —salvo alguna excepción referente a posiciones generalmente asumidas por la tradición marxista, que seguidamente veremos— los examina y discute separadamente.

8.2. Dos de las posiciones ampliamente difundidas entre los juristas marxistas, que Kelsen critica imputándolas al marxismo como tal, son especialmente destacables: la tesis del carácter ideológico del derecho y el concepto de "derecho revolucionario". En ambos casos se trata de posiciones ampliamente difundidas entre los marxistas, pero no unánimemente compartidas por ellos: como se sabe, la tesis del carácter ideológico del derecho es explícitamente negada al menos por un autor importante (Stucka) en tanto que el concepto de "derecho revolucionario" no tiene cabida alguna en una concepción como la de Pasukanis.

8.2.1. Según Kelsen, cabe hablar de "ideología" en dos sentidos: en el primero, "ideología" se identifica con "el mundo del espíritu" [81] —esto es, el mundo de los objetos ideales creados por los hombres— y se contrapone a la realidad natural. En este sentido amplísimo de "ideología" las normas jurídicas pertenecen obviamente a su dominio. En un segundo sentido —que Kelsen considera como "el más estricto y propio de la palabra, el único en que se debería hablar de ideología"—[82] este término alude a una *representación deformada* de la realidad, deformación que viene generada por la presencia —consciente o inconsciente— de juicios de valor en el interior de un discurso que debiera articularse como puramente cognoscitivo. En este sentido propio de "ideología" es ideológica, por ejemplo, la jurisprudencia burguesa, cuando a la "interpretación del material (normativo) empíricamente dado" une "la tendencia a justificarlo éticamente, a disfrazarlo y ocultarlo oportunamente en caso de que esté en contradicción con el valor fundamental que opera como presupuesto, en la mayor parte de los casos no consciente, de este intento de legitimación".[83]

Pues bien: los marxistas, al hablar del derecho como fenómeno ideológico, obviamente no tratan de indicar su no pertenencia a la realidad

[81] *T.G.D. e.m.s.*, p. 61.
[82] *Id.*, p. 63.
[83] *Id.*

natural, su ubicación en lo que Kelsen llama el "mundo del espíritu", sino que hacen centralmente referencia a su carácter deformador, falseador de la realidad. Esta consideración del derecho como ideología —en el sentido "estricto y propio" del término— carece, en opinión de Kelsen, de sentido y se basa por completo en una confusión entre el derecho y los discursos sobre el derecho. Si la ideología es representación deformada de la realidad, el derecho no puede ser "ideológico" por la misma razón por la que no puede ser "verdadero": esto es, porque no está constituido por aserciones (verdaderas o valorativamente deformadas) acerca de cómo es la realidad, sino por prescripciones, que carecen de valor veritativo. Escribe así: "El derecho no es una teoría como producto del conocimiento sino una institución social establecida por actos de voluntad".[84] Por ello,

> si la función característica de la "ideología" consiste en representar erróneamente la realidad, reflejar —como un espejo defectuoso— la realidad en forma torcida, ni el derecho ni el Estado como instituciones sociales reales pueden ser ideologías. Sólo una teoría como función del pensamiento, no el derecho, que es una función no del pensamiento sino de la voluntad, puede ser una ideología (...). La opinión de que el derecho es una ideología es el resultado de confundir el derecho como una cierta teoría del derecho, confusión que es muy frecuente no sólo entre los jurisconsultos marxistas, sino también entre los burgueses.[85]

8.2.2. Otro sinsentido generalizado entre los juristas marxistas es, en opinión de Kelsen, su consideración del derecho soviético como "derecho revolucionario". El concepto de "derecho revolucionario" es autocontradictorio, pues "derecho" y "revolución" son términos incompatibles: "revolución —escribe— significa subversión, significa ruptura de un ordenamiento, significa discontinuidad, fundación de un nuevo ordenamiento sobre la violación del viejo, significa, por ello, ilegalidad".[86] Esta incurrencia de los juristas marxistas en la *contradictio in adjecto* que implica la expresión "derecho revolucionario" sólo se explica, a juicio de Kelsen, si se atiende a que en el uso marxista del término "revolución" no subyace propiamente un concepto, sino más bien un *slogan* al que se otorga la máxima fuerza legitimante: los juristas de esta tendencia

[84] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 129).
[85] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 32).
[86] *T.G.D. e.m.s.*, p. 101.

se sirven de una nueva ideología, que en nada va a la zaga de la vieja en cuanto a fuerza de justificación [...]. A nadie que examine sin prejuicios el uso que la teoría marxista hace de las palabras "revolución" y "revolucionario" puede escapársele que con ellas no se expresa otra cosa más que un supremo valor social. Todo lo que el racionalismo burgués ve de valioso en la idea de progreso y el irracionalismo burgués en la idea de sagrado se concentra en la idea de revolución, tal como es presentada por la teoría marxista.[87]

## 9. Stucka

La obra de Stucka *La función revolucionaria del derecho y del Estado: una teoría general del derecho,* publicada en 1921, significó, a juicio de Kelsen, "la primera tentativa importante de desarrollar una teoría del derecho específicamente soviética —no como un simple subproducto de la teoría del Estado".[88] Del examen kelseniano de la misma, tienen interés dos géneros de observaciones: las referentes a la definición de derecho propuesta por Stucka y las formuladas a propósito de las críticas de éste a la jurisprudencia "burguesa".

El derecho, como se sabe, es definido en la obra de Stucka como "un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase".[89] Aclara Stucka que las "relaciones sociales" a que alude su definición se identifican con las relaciones económicas, y muy especialmente con las relaciones de producción. "Esto significa —observa Kelsen— que el derecho se identifica con la sociedad y la sociedad con la economía".[90] Esta disolución de la forma jurídica en las relaciones sociales (que no se consideran reguladas, sino meramente expresadas por aquélla) debiera —arguye Kelsen— desembocar en una pareja disolución de la jurisprudencia en la ciencia económica: pues "si el derecho, como algo diferente de la economía no existe en realidad [...] es imposible una teoría del derecho diferente de una teoría económica".[91] Este paso, ineludible desde una asunción coherente de

[87] *Id.*

[88] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 95).

[89] P. I. Stucka: *La función revolucionaria del derecho y del Estado,* trad. y prólogo de . R. Capella, Península, Barcelona, 1969, p. 24. Esta definición fue adoptada como "oficial", en 1918, por el Comisariado del Pueblo para la Justicia.

[90] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 96).

[91] *Id.*

la definición de derecho de Stucka, no es dado sin embargo por éste: "[...] no hay un derecho diferente de las relaciones económicas. Pero, por otra parte, Stucka trata el derecho como objeto real de una ciencia que él no identifica, al menos expresamente, con la ciencia económica".[92]

El trabajo de Stucka es, por otra parte —siempre a juicio de Kelsen— particularmente deficiente en sus críticas a las teorías jurídicas no marxistas. Según Stucka, la jurisprudencia burguesa se caracteriza por partir de "un concepto puramente formal del derecho" y por contemplar éste como "una categoría eterna".[93] En opinión de Kelsen, esta caracterización es, por un lado "contradictoria consigo misma" y, por otro, ofrece una imagen por completo distorsionada de la teoría jurídica contemporánea al propio Stucka. Es autocontradictoria porque

> una teoría legal no puede ser formalista y al mismo tiempo definir el derecho como una categoría eterna. La escuela [...] que trata de describir el derecho como una categoría eterna, es decir, la doctrina del derecho natural, es exactamente lo opuesto a una jurisprudencia formalista, y se dirige conscientemente contra el formalismo en jurisprudencia.[94]

Por lo demás, la crítica de Stucka se dirige "contra un enemigo imaginario", pues "la mayoría de los autores burgueses, en la época que Stucka publicó su doctrina marxista del derecho, no seguían por cierto la doctrina del derecho natural y no consideraban por cierto al derecho como una categoría eterna. Insistían, e insisten aún, en oposición a la doctrina del derecho natural, en el carácter histórico y cambiante del derecho".[95]

## 10. Rejsner

En el § 8 se han examinado las críticas que Kelsen dirige al marxismo *in genere* a propósito de la tesis del carácter ideológico del derecho. La concepción del derecho de Rejsner representa una versión particularmente *fuerte* de esta tesis: su "remodelación de la doctrina de Petrazitsky sobre el derecho intuitivo en el sentido de colocarla sobre

[92] *Id.*
[93] P. I. Stucka: *op. cit.*, p. 35.
[94] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 108).
[95] *Id.*

cimientos marxistas" [96] desemboca en una definición de "derecho" en la que éste queda reducido a fenómeno entera y exclusivamente ideológico: el derecho sería, sin más, "una ideología que se apoya, dentro de nuestra consciencia, fundamentalmente sobre el concepto de verdad, justicia e igualdad en la distribución y en la igualación de los hombres y de las cosas".[97] Las críticas que Kelsen dirige a Rejsner son, a este respecto, inevitablemente reduplicativas de las que ya vimos en el § 8 dirigidas a los marxistas en general: el error básico de la teoría de Rejsner —escribe— reside en "la identificación de cierta teoría, interpretación o estimación de un objeto real con ese objeto; de una teoría del Estado con el Estado, de una teoría del derecho con el derecho".[98]

Hay, sin embargo, a juicio de Kelsen, un elemento estimable en la obra de Rejsner: su entendimiento de la transformación social auspiciada por el marxismo como proyecto normativo/valorativo y no, naturalistamente, como mero resultado de leyes histórico-causales. Pero este mérito del enfoque de Rejsner no pertenece, como es claro, propiamente a su teoría jurídica, si bien con él mantiene relación el concepto político-jurídico fundamental de este autor: la "conciencia jurídica revolucionaria" que —si bien posee perfiles tan nebulosos como, pongamos por caso, el "espíritu del pueblo" de la Escuela Histórica— fue de indudable funcionalidad en los primeros tiempos revolucionarios.

Mayor interés —por lo que puede resultar de revelador de algunos límites de la comprensión kelseniana de las teorías jurídicas marxistas— tiene el comentario que Kelsen dedica a la fórmula de Rejsner en la que éste alude al derecho "como forma ideológica basada en la igualdad de lo desigual".[99] Prescindiendo ahora de la referencia a la "forma ideológica", Rejsner se limita aquí a enunciar la tesis, común a los marxistas, de que el derecho, regulando igualitariamente situaciones materialmente desiguales, garantiza la reproducción de la desigualdad. Pues bien, el comentario de Kelsen es el siguiente:

[96] Así explicaba el propio Rejsner el alcance de su teoría jurídica, en la obra publicada en 1925, *El derecho, nuestro derecho, el derecho extranjero, el derecho general* (cito por la traducción inglesa de Hugh W. Babb —*Law, Our Law, Foreign Law, General Law*— que figura en J. N. Hazard: *Soviet Legal Philosophy*, Harvard University Press, 1951, p. 85. Esta traducción es también la utilizada por Kelsen).

[97] M. A. Rejsner: *El Estado* (1912), citado por el propio Rejsner en *El derecho, nuestro derecho, el derecho extranjero, el derecho general* (trad. inglesa cit., p. 89).

[98] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 122).

[99] M .A. Rejsner: *op. cit.*, p. 107.

La frase "derecho como forma ideológica basada en la igualdad de lo desigual" no tiene otra función que oscurecer el hecho de que el derecho no se basa en la igualdad de lo desigual sino que hay una teoría del derecho que lo presenta como derecho de igualdad aunque es un derecho de desigualdad.[100]

## 11. Pasukanis

E. B. Pasukanis es, en opinión de Kelsen, "el representante más prominente de la teoría jurídica soviética en el primer periodo de su desarrollo".[101] La importancia concedida por Kelsen a Pasukanis no se manifiesta solamente en este reconocimiento explícito, sino también en la atención prestada a su obra, cuidadosamente diseccionada tanto en *La teoría general del derecho y el materialismo histórico* de 1931 (cuyo eje central viene a ser, precisamente, una prolija discusión con Pasukanis) como en *La teoría comunista del derecho* de 1955. Y —lo que es sin duda menos objetivable pero quizás más indicativo— el *tono* general de discurso de Kelsen es notablemente diferente cuando es Pasukanis y no cualquier otro de los juristas soviéticos el objeto de su crítica: cuando ésta versa sobre Rejsner, Stucka o Vysinskij, el lector no puede evitar la impresión de que Kelsen está realizando una tarea que él mismo considera intelectualmente rutinaria; Pasukanis, en cambio, parece provocarle verdadera pasión.

El derecho es presentado en la obra de Pasukanis como "la forma mistificada de una relación social *específica*":[102] La relación entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes. De ello se deriva que "el número más sólido de la nebulosa jurídica está precisamente en el campo de las relaciones de derecho privado",[103] en tanto que el derecho público sólo cabe hablar impropiamente pues "el Estado (...) no necesita interpretación jurídica e incluso sustancialmente no la permite. Es un dominio en el que reina la llamada *raison d'État* que no es otra cosa que el principio de la simple conformidad con el fin".[104] Por otra parte, en la concepción del derecho de Pasukanis el elemento fundamental del mismo es la relación jurídica y no la norma:

[100] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 127).
[101] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 131).
[102] E. B. Pasukanis: *Teoría general del derecho y marxismo* (1924), trad. cast. y presentación de V. Zapatero, Labor, Barcelona, 1976, p. 65.
[103] *Id.*, p. 66.
[104] *Id.*, p. 117.

"la norma como tal [...] —escribe— o bien es una inferencia de relaciones ya existentes, o bien no representa, cuando es formulada como ley estatal, más que un síntoma que permite prever con una cierta verosimilitud el futuro nacimiento de las relaciones correspondientes".[105] Consideración, pues, del derecho como expresión de las relaciones mercantiles y de la relación jurídica como elemento primario del derecho.

Las críticas de Kelsen a la teoría de Pasukanis —aquí sumarísimamente bosquejada en sus determinaciones más básicas—[106] pueden reconducirse, en mi opinión, a los puntos siguientes:

11.1. La identificación del derecho con las relaciones entre poseedores de mercancías impide a Pasukanis dar cuenta de un buen número de relaciones asimismo jurídico-privadas, como, por ejemplo, las pertenecientes al derecho de familia:

> Es evidente —anota Kelsen— que en el derecho de una sociedad capitalista (que Pasukanis toma como el derecho *par excellence*) no sólo las relaciones entre poseedores de mercancías tienen el carácter de relaciones jurídicas, sino también otras, como la relación entre marido y mujer, o entre padres e hijos, que pueden existir igualmente en una sociedad comunista.[107]

11.2. Uno de los reproches fundamentales de Pasukanis a las teorías jurídicas marxistas anteriores a la suya reside en que en ellas "el concepto jurídico es considerado exclusivamente desde el punto de vista de su contenido; no se plantea en absoluto el problema de la forma jurídica como tal".[108] Pasukanis se propone superar esta carencia, considerando que "la teoría marxista debe, no solamente analizar el contenido material de la reglamentación jurídica en las diferentes épocas históricas, sino dar, además, una explicación materialista a la misma reglamentación jurídica en cuanto forma históricamente determinada".[109] Sin embargo, este intento de superar la disolución de lo jurídico que critica en otros marxistas es, a juicio de Kelsen, irrealizable desde la propia concepción del derecho de Pasukanis: si se considera que

[105] *Id.*, p. 74.

[106] Para una exposición más circunstanciada de la teoría jurídica de Pasukanis, remito al artículo escrito conjuntamente con M. Atienza, "Marxismo y ciencia del derecho", en *Sistema*, nº 64, esp. pp. 8-17.

[107] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 135).

[108] E. B. Pasukanis: *op. cit.*, p. 42.

[109] *Id.*

el derecho es primariamente relación y no norma, lo específicamente jurídico se desvanece necesariamente; el precio de descartar la norma como eje del universo jurídico es precisamente el de no poder dar cuenta de la *forma jurídica como tal*. Escribe, en este sentido, Kelsen:

> Aún si aceptamos esta artificial limitación del concepto de derecho y suponemos que sólo las relaciones entre poseedores de mercancías son relaciones jurídicas o, como lo formula Pasukanis, asumen la "forma" de relaciones jurídicas, "reflejan" la "forma del derecho" surge la pregunta: ¿qué es esta "forma del derecho"? No puede ser idéntica a la relación económica específica que "refleja". Pero Pasukanis no contesta ni puede contestar a esta pregunta [...].[110]

11.3. Una acusación que Kelsen dirige una y otra vez a Pasukanis es la de que éste se sitúa invariablemente "del lado de la tendencia ideológica y contra la tendencia antiideológica" de la jurisprudencia burguesa en una serie de puntos capitales de desacuerdo entre ambas: "tendencia ideológica" y "tendencia antiideológica" deben, naturalmente, entenderse en este contexto como sinónimos, respectivamente, de "teoría tradicional" (o no kelseniana) y "teoría pura" (kelseniana) del derecho. Esta alineación de Pasukanis con la "tendencia ideológica" se refleja sobre todo en su aceptación de una serie de dualismos característicos de ésta (derecho público/derecho privado, derecho objetivo/derecho subjetivo, Estado/derecho) y también en algún otro elemento de su teoría del derecho como, muy especialmente, su entendimiento del derecho penal en términos retribucionistas.

11.3.1. La negativa a conceder carácter jurídico al derecho público "no es de ningún modo —señala Kelsen— una doctrina específicamente marxista. Muchos autores burgueses y especialmente juristas alemanes de actitud netamente conservadora defendieron esa doctrina".[111] De hecho, la distinción romanística entre derecho público y derecho privado fue adoptada por la jurisprudencia alemana en beneficio de los príncipes reinantes y, por consiguiente, "no tanto en nombre del derecho privado romano, sino más bien en nombre del derecho romano del Estado, cuya teoría culminaba en la fórmula: *princeps legibus solutus est*".[112] Así, la distinción entre derecho público y derecho privado

[110] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, pp. 135-136).
[111] *Id.*, *Tc.D.E.*, p. 138.
[112] *T.G.D. e.m.s.*, p. 145.

conduce siempre a la difuminación del carácter jurídico del primero: en los autores dualistas, "el derecho 'público' viene a ser derecho sólo en sentido impropio, viene a ser un ámbito en el que, por así decirlo, el pensamiento jurídico produce sus efectos con menos intensidad. El derecho privado es el ámbito propio del derecho".[113] Esta difuminación del carácter jurídico del derecho público y la consiguiente afirmación de que "sólo el derecho privado es verdadero derecho" cumplen dos importantes funciones ideológicas: la primera es la de "justificar actos de gobierno, si por razones políticas el gobierno no aplica el derecho existente, que le impone ciertas obligaciones"; [114] la segunda —y a ella debería ser especialmente sensible el marxista Pasukanis— es la de presentar las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, la que une al trabajador asalariado con su patrono) como ubicadas en un campo "del que parece excluido todo dominio político" [115] ocultando el hecho de que "si el Estado no tuviera obligaciones jurídicas, no podría haber derechos de los individuos; de que no hay relación jurídica en la que no sea parte —directa o indirectamente— el Estado, de modo que todo el derecho es por su propia naturaleza derecho público [...]." [116]

De esta forma, Pasukanis, al circunscribir el ámbito de lo jurídico al derecho privado "no describe ni el derecho en general ni el derecho de una sociedad capitalista [sino que] reproduce una doctrina burguesa del derecho, errónea por ideológica" [117] y, así, "lleva agua al molino de quienes pretende combatir".[118]

11.3.2. La misma alineación con la "tendencia ideológica" muestra Pasukanis al aceptar el dualismo derecho objetivo/derecho subjetivo y al conceder, dentro de él, la primacía a este último. La función ideológica de esta dicotomía es, en opinión de Kelsen, la de poner determinados límites al contenido posible del ordenamiento jurídico presentando los derechos subjetivos (y "ante todo la propiedad, ese prototipo del derecho subjetivo" [119]) como un *prius* respecto del derecho objetivo que, así, no podría sino reconocer y garantizar estos derechos subjetivos surgidos independientemente de él: "se trata —escribe Kelsen—

[113] *Id.*, p. 148.
[114] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 140).
[115] *T.G.D. e.m.s.*, p. 133.
[116] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 139).
[117] *Id.* (*T.c.D.E.*, p. 140).
[118] *T.G.D. e.m.s.*, p. 149.
[119] *Id.*, p. 119.

de defender la idea de que el derecho subjetivo, y más precisamente la propiedad privada, es una categoría *a priori* y trascendente respecto al derecho objetivo, es una institución frente a la cual la conformación del contenido del ordenamiento jurídico encuentra una barrera infranqueable";[120] en el mismo sentido:

> el único propósito de esta interpretación dualista del derecho es garantizar los derechos subjetivos existentes [...] especialmente los derechos de propiedad [...] para impedir la expropiación sin indemnización en caso de una reforma del derecho existente, argumentando que tal reforma sería contraria a la naturaleza del derecho.[121]

Frente a esta construcción ideológica, la teoría pura del derecho reconduce, como se sabe, el derecho subjetivo al ordenamiento jurídico objetivo, lo que le permite mostrar que "el derecho subjetivo es sólo una posible y de ninguna manera necesaria conformación del contenido del derecho objetivo, una técnica particular, de la que el derecho puede servirse pero no es en absoluto necesario que se sirva".[122] En opinión de Pasukanis, la teoría pura representaría en este punto "el espíritu de la época en que la escuela Manchester y la libre competencia fueron reemplazados por los grandes monopolios capitalistas y la política imperialista", y la primacía que el sistema kelseniano otorga al derecho objetivo no pasaría de ser un reflejo del hecho de que "el capital financiero aprecia mucho más el poder fuerte y la disciplina que no los 'eternos e intangibles derechos del hombre y del ciudadano' ".[123] Lejos de ello, lo cierto es —argumenta Kelsen— que su construcción teórico-jurídica, al mostrar el derecho subjetivo como una técnica normativa prescindible "excluye todo abuso ideológico" respecto al mismo y deja expedita la vía para poner de relieve su vinculación con el sistema capitalista: el derecho subjetivo —indica expresamente— "es la técnica específica del ordenamiento jurídico capitalista, en cuanto que está construido sobre la institución de la propiedad privada y, por consiguiente, tiene particularmente en cuenta el interés individual".[124]

En el mismo sentido que la dicotomía derecho objetivo-derecho subjetivo se mueve, a juicio de Kelsen, la distinción —común en la

[120] *Id.*, p. 122.
[121] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 142).
[122] *T.G.D .e.m.s.*, p. 129.
[123] *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., p. 84.
[124] *T.G.D. e.m.s.*, p. 129.

doctrina tradicional y asimismo aceptada por Pasukanis— entre relaciones jurídicas personales y reales. Lo deformante de esta distinción se halla en la pretensión de que, junto a las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, habría relaciones jurídicas de otro tipo (las denominadas relaciones *reales* y muy especialmente —de nuevo— la propiedad) cuyos dos polos estarían constituidos por un sujeto y un objeto de derecho, una persona y una cosa. Pues bien: el instituto de la propiedad —"la relación jurídica real por *excelencia*, a la que se refiere toda la distinción"—[125] no consiste, indica Kelsen, en una relación entre hombre y cosa, sino en una "relación entre hombre y hombre, [una] relación de exclusión de todos los demás de una esfera de intereses garantizada de esta forma a uno solo".[126] Si la doctrina jurídica conserva la noción de relación jurídica real y sigue entendiendo la propiedad en términos de una relación de este género, ello se debe enteramente a motivos de enmascaramiento ideológico: a saber, que "la definición de la propiedad como relación entre persona y cosa oculta la función económicamente decisiva de la propiedad, la función de la explotación".[127] Pasukanis, que acepta el concepto de relación jurídica real al recurrir, para explicar la propiedad, a la "historia prejurídica", al "principio orgánico o naturalístico de la apropiación privada", no hace así sino entregarse "de forma completamente acrítica a una de las más peligrosas doctrinas jurídicas burguesas".[128]

11.3.3. Un último dualismo característico de la "tendencia ideológica" de la jurisprudencia burguesa y asumido en la obra de Pasukanis es el que distingue entre Estado y derecho. El entendimiento del Estado como entidad distinta del ordenamiento jurídico cumple, según Kelsen, la función ideológica de posibilitar que "el derecho pueda justificar al Estado que genera este derecho y que se somete a él". Pues "el derecho puede justificar al Estado sólo si aquél se entiende como un ordenamiento distinto en su esencia del Estado, opuesto a su naturaleza originaria, el poder, y por ello como un ordenamiento en cierto sentido *justo*".[129] Si por el contrario, como postula la teoría pura, se identifican derecho y Estado, definiendo éste como ordenamiento social coactivo, la posibilidad de legitimar el Estado por medio del de-

[125] *Id.*, p. 124.
[126] *Id*, p. 159.
[127] *Id.*, pp. 124-125.
[128] *Id.*, p. 161.
[129] *Id.*, p. 168.

recho —"la ideología de la legitimación hoy más eficaz"—[130] se desvanece. Por lo demás, el mantenimiento de la distinción entre Estado y derecho, combinada con la definición del derecho como forma del intercambio mercantil produce consecuencias que desde la perspectiva del marxismo no pueden calificarse sino de disparatadas: "el marxista que acepta acríticamente esta construcción dualista deberá distinguir el poder como organización del dominio de clase del poder como garante del intercambio mercantil, como si la organización del dominio de clase no se mantuviera precisamente a través de la garantía del intercambio mercantil".[131]

11.3.4. La concepción del derecho penal de Pasukanis es probablemente el componente más artificioso de su teoría jurídica. Dicha concepción es el resultado de tratar de amoldar al derecho penal —al que Pasukanis no se atreve a negar carácter jurídico— la definición del derecho como forma del intercambio mercantil. Desde esa premisa, Pasukanis no puede entender el derecho penal más que, en términos retribucionistas, como un "intercambio de culpa y pena". Al hacerlo así, el jurista soviético identifica, una vez más, "el derecho objetivo-real con una teoría ideológico-subjetiva del derecho".[132] Teoría ideológica, además, propia de "los más reaccionarios teóricos burgueses" [133] y ya abandonada por la generalidad de éstos en beneficio de la teoría de la prevención.

11.4. La contraposición entre "norma jurídica" y "regla técnica" es de gran importancia en la teoría de Pasukanis y, en particular, en la forma como en ella se presenta la tesis de la extinción del derecho en la sociedad socialista plenamente desarrolloda. La diferencia entre ambos tipos de reglas la sitúa Pasukanis en lo siguiente: mientras que la norma jurídica tiene como presupuesto fundamental el antagonismo de intereses privados, la reglamentación técnica presupone la unidad de fines. De esta forma, mientras que, por ejemplo, las normas que regulan la responsabilidad de los ferrocarriles son normas jurídicas, porque "presuponen exigencias privadas, intereses privados diferenciados", las disposiciones relativas al tráfico de los mismos son reglas técnicas en cuanto "presuponen un fin unívoco que no es más que la consecución de la máxima capacidad de transporte".[134] Es importante

[130] *Id.*, p. 171.
[131] *Id.*, pp. 172-173.
[132] *Id.*, p. 112.
[133] *Id.*
[134] *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., p. 67.

advertir que la nota de la coactividad es irrelevante para la distinción entre "norma jurídica" y "regla técnica": así, por ejemplo, la relación médico/enfermo supone cierta constricción con respecto al enfermo, pero dado que "esta constricción es considerada desde el punto de vista de un mismo fin (idéntico para quien la ejercita y para quien la padece) no es más que un acto que tiene una finalidad técnica y nada más".[135]

La distinción así diseñada permite a Pasukanis admitir la persistencia de reglas coactivas en la sociedad socialista y negar, al tiempo, que tales reglas coactivas tengan carácter jurídico: pues la sociedad socialista se caracteriza, precisamente, por la desaparición de los antagonismos de intereses entre los hombres y por la comunidad de fines de todos ellos.

La crítica de Kelsen se desarrolla, aquí, a un doble nivel. En primer lugar, señala que la presuposición de una unidad de fin entre quien ejercita la coacción y quien la sufre "es una ficción evidente" que "puede significar sólo que la sociedad comunista, al ejercer compulsión contra un miembro recalcitrante, lo hace en el verdadero interés de ese miembro, aunque éste no lo comprenda y deba por tanto ser compelido";[136] esta ficción legitimante no es, por otra parte, precisamente novedosa: "una escuela ideológica de jurisprudencia burguesa sostiene exactamente lo mismo con respecto al castigo del delincuente por un órgano del Estado capitalista".[137] En segundo lugar, la propia oposición entre ordenamiento jurídico y reglamentación técnica carece de sentido "porque el derecho, si no se lo mira a través de los cristales de color de una ideología burguesa o proletaria, capitalista o socialista, es por su propia naturaleza una técnica, una técnica social específica".[138]

## 12. Vysinskij

La construcción de Pasukanis, con su ignorancia del momento normativo del derecho y su reducción de éste a las relaciones burguesas de intercambio, no era apta para representar, en el plano de la teoría jurídica, el punto de vista de un poder soviético consolidado que, en los hechos, estaba lejos de considerarse a sí mismo como un fenómeno

[135] *Id.*

[136] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, pp. 51-152). En términos casi idénticos, *T.G.D. e.m.s.*, pp 94-95.

[137] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 152).

[138] *Id.*, p. 152. De nuevo en términos casi idénticos *T.G.D e.m.s.*, p. 95.

transitorio de breve duración. Un poder soviético con vocación de afirmación y de permanencia exigia —escribe Kelsen— "una teoría jurídica que reconociera la autoridad del Estado soviético, lo cual significa el carácter normativo, la fuerza obligatoria de su derecho, así como un orden jurídico específicamente socialista, y no un mero vestigio del derecho burgués": [139] en definitiva, una teoría normativa del derecho que entendiera éste como un instrumento adecuado para moldear las relaciones sociales de acuerdo con la voluntad de sus edictores.

La teoría de Vysinskij había de ser la respuesta a esta exigencia. Y ello explica, en buena medida, la actitud de Kelsen frente a la misma, que viene a ser justamente el reverso de la adoptada frente a Pasukanis. El hecho de que el normativismo de Vysinskij obedeciera, no a intereses de conocimiento del derecho, sino a espurias razones políticas, así como la personalidad general del fiscal de Stalin, irritan visible y profundamente a Kelsen; mas, de otro lado, ese mismo normativismo vysinskijiano se encuentra —y esto, a su vez, suscita una evidente incomodidad en Kelsen— muy próximo a su propia concepción del derecho. Si en el tratamiento dispensado a Pasukanis se combinan el reconocimiento de su talento y de la importancia de su obra con el desacuerdo y la crítica radicales de todos los puntos capitales de la misma, en el examen de Vysinskij la máxima aversión personal se da la mano con el acuerdo de fondo con sus posiciones —a las que sólo se reprocha su defectuosa formulación— en la determinación del más básico de los conceptos jurídicos.

Las críticas de Kelsen a Vysinskij —dejando momentáneamente al margen las relaciones con la definición de "derecho"— son de tres tipos. En primer lugar, críticas a la sumisión tanto personal como intelectual de Vysinskij a los dictados stalinianos: a propósito, por ejemplo, del *estilo literario* de Vysinskij escribe Kelsen lo siguiente: "un servilismo repugnante hacia el entonces dictador, una postración intelectual que supera las peores formas del bizantinismo, son rasgos característicos de esta ciencia jurídica, cuya mayor ambición es ser una sumisa servidora del gobierno".[140] En segundo lugar, críticas a la atribución, por parte de Vysinskij, de una *función* normativa a la teoría del derecho. Vysinskij —hace notar Kelsen— no concibe la ciencia jurídica como limitada a la simple descripción del derecho, sino que le adjudica también la tarea de suministrar criterios para el estableci-

[139] *Id.*, p. 159.
[140] *Id.*, p. 179.

miento de contenidos normativos: "la 'teoría del derecho' en que piensa Vysinskij no es, sin duda, una teoría del derecho positivo [...]. Según Vysinskij, la 'teoría jurídica' es el 'sistema de principios jurídicos' sobre cuya base habrá de establecerse el derecho positivo del Estado socialista".[141] En tercer lugar, críticas al carácter antimarxista del normativismo de Vysinskij y a su determinación por razones políticas: Vysinskij llega hasta rechazar la parte de las teorías de aquellos [Stucka y Pasukanis] que era el resultado de la más ortodoxa sumisión al marxismo, o sea, la interpretación económica del derecho, la reducción del derecho a la economía"; [142] "no puede caber la más mínima duda de que la interpretación hecha por Pasukanis del derecho soviético como derecho burgués asimilado y adaptado, estaba en completo acuerdo con la doctrina de Marx"; [143] si Vysinskij insiste en "el carácter específico del derecho como conjunto de reglas de conducta" y niega que el derecho soviético tenga carácter de derecho burgués, ello se debe simplemente a que "por razones políticas esta opinión no es ya aceptable para el gobierno soviético".[144]

Ninguna de estas críticas —a pesar del tono de extrema dureza con el que está redactada— tiene por sí misma particular relevancia teórica: no la tiene, desde luego, al menos desde el punto de vista de Kelsen (otra cosa es, naturalmente, desde el de Vysinskij) la acusación de antimarxismo; en cuanto al considerar a la ciencia jurídica como normativa en cuanto a su *función*, se trata de una mera particularización de un rasgo característico del conjunto de la tradición marxista, y no sólo de Vysinskij: la no separación entre ciencia y política y la consiguiente ubicación del establecimiento de fines dentro del dominio de la ciencia; finalmente, por lo que hace a los móviles políticos de la teoría de Vysinskij, es sabido que la génesis de una teoría es asunto independiente del de su valor como tal teoría. Y así parece, por lo demás, aceptarlo Kelsen: pues cuando aborda el núcleo central de la teoría de Vysinskij —su definición de "derecho"— atendiendo no a sus determinantes externos, sino a su pertinencia conceptual, sus críticas versan solamente sobre algunos defectos en la formulación de tal definición, pero no sobre el fondo de la misma. La definición de "Derecho" de Vysinskij adoptada a propuesta suya por el Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias soviética— es la siguiente:

[141] *Id.*, pp. 170-171.
[142] *Id.*, p. 175.
[143] *Id.*, p. 176.
[144] *Id.*, p. 177.

> El derecho es el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, establecidas en orden jurídico, así como de las costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de proteger, asegurar y desarrollar las relaciones y disposiciones sociales ventajosas y convenientes a la clase dominante.[145]

Las críticas de Kelsen a esta farragosa definición vienen a ser las siguientes: observa que, en su conjunto, "juzgada desde un punto de vista puramente lógico, causa la impresión de diletantismo"; que hay en ella tautologías tales como "el derecho es el conjunto de reglas (...) establecidas en orden jurídico", "pues un conjunto de reglas es un orden y orden jurídico es sólo otro nombre del derecho"; pleonasmos, tales como: *a)* agregar a las "reglas de conducta" las "costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado", "porque las 'costumbres' son reglas consuetudinarias y —lo mismo que las 'reglas de vida de la comunidad'— son reglas de conducta"; *b)* añadir el carácter de "confirmadas por la autoridad del Estado", "garantizadas por la fuerza coactiva del Estado", "lo cual significa exactamente lo mismo"; *c)* hablar de "proteger, asegurar" ("que es lo mismo que proteger") y desarrollar las relaciones y disposiciones ventajosas y convenientes ("si son ventajosas son convenientes") a la clase dominante".[146] Como puede verse, ninguna de estas críticas es propiamente sustantiva: bien al contrario, parece como si Kelsen hubiera procedido a redactarla con la precisa intención de suministrar una plena justificación para que alguien, veintitrés años más tarde, pudiera escribir que la definición de derecho de Vysinskij "podría firmarla Kelsen, sin más sustitución que la de 'clase' por 'grupo', para salvar el alma, y la eliminación de algunas redundancias".[147]

[145] A. Y. Vysinskij: *Las tareas fundamentales de la ciencia del derecho socialista soviético* (1983) (se cita por la trad. inglesa, a la que también se remite Kelsen, de Hugh W. Babb —*The fundamental tasks of the Science of Soviet Socialist Law*— recogida en la antología de J. N. Hazard: *Soviet Legal Philosophy, cit.*, p. 336. Esta definición había sido adoptada con anterioridad por el Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias, a propuesta de Vysinskij.

[146] *La teoría comunista del derecho* (*T.c.D.E.*, p. 182).

[147] J. R. Capella: *Derecho, política y poder social en el socialismo*, prólogo a P. I. Stucka: *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, cit., p. 13.

## 13. Algunas críticas a la crítica de Kelsen

En un trabajo reciente, U. Scarpelli ha escrito que, tras medio siglo de crítica a la teoría pura, lo que de verdaderamente importante queda de ella es "la propuesta de una teoría capaz de operar como estructura de base para la racionalización de la praxis en la jurisprudencia teórica y en la jurisprudencia práctica".[148] Sobre la lectura por un jurista de los trabajos kelsenianos de crítica del marxismo gravita, creo, decisivamente la importancia capital que ha tenido la teoría pura para hacer avanzar el análisis de los conceptos básicos del derecho y la comprensión de la estructura y la dinámica del ordenamiento jurídico. En este campo temático —que es el propio de la perspectiva del jurista— las aportaciones que desde la tradición marxista hayan podido hacerse aparecen inevitablemente, confrontadas con las de la teoría pura, como nimiedades. Nimiedades que, además, se presentan, en muchos casos, prisioneros de aparatos conceptuales que la ciencia jurídica actual ha dejado de lado precisamente como pre-kelsenianos.

Si la teoría jurídica relevante en la actualidad es decididamente poskelseniana (en el sentido, como decía J. R. Capella, de que si vemos más lejos que él es porque estamos montados sobre sus hombros)[149] la cultura filosófica hoy predominante se encuentra también más cerca de los presupuestos de Kelsen que de los del marxismo (al menos en su versión clásica): en el sentido de que la reflexión filosófica que hoy cuenta es deudora en mucha mayor medida —por decirlo un tanto sumariamente— de las tradiciones que se remontan a Hume y a Kant que de la inaugurada por Hegel.

Aún desde los límites que vienen marcados por esta doble perspectiva —poskelsenismo en la teoría del derecho, orientación filosófica vinculada a las tradiciones de Hume y Kant— caben, a mi juicio, diversas críticas a la crítica kelseniana del marxismo. Algunas de ellas afectan a aspectos de la interpretación kelseniana de la doctrina criticada; otras, a ciertas inconsistencias que exhibe la crítica kelseniana en relación con postulados epistemológicos y metodológicos claves en la obra del propio Kelsen; otras, en fin, a algunas debilidades sustantivas que presenta la aproximación a determinados problemas por parte de Kelsen.

[148] U. Scarpelli: *La critica analitica*, en AAVV *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, p. 75.

[149] J. R. Capella, "Homenaje a Hans Kelsen", en *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 192.

No entro a considerar aquí la eventual fecundidad que pudiera tener —para el examen crítico de los trabajos de Kelsen sobre el marxismo— la adopción de perspectivas más externas, esto es, sustentadas en presupuestos más distantes de los del propio Kelsen.

13.1. No cabe duda, a mi juicio, de que la interpretación kelseniana de la concepción ética de Marx en términos naturalistas tiene un sólido fundamento en la obra de Marx. Son numerosos los textos de éste en los que, en efecto, el deber ser de nuevas formas de organización social (el socialismo y el comunismo) no tiene más apoyatura que su proclamada inevitabilidad: el socialismo y el comunismo deben ser simplemente porque serán. Tampoco cabe duda de que esta reducción de los valores al plano de la facticidad ha sido predominante en la tradición marxista: piénsese en un Kautsky, un Plejánov o un Lenin. En todos ellos, el deber se presenta como deducido de la necesidad; la valoración moral no tiene otro fundamento que el conocimiento de pretendidas leyes históricas, al que se añade, como mucho, un utilitarismo bastante crudo. Incluso hoy asombra ver cómo algunos marxistas, pretendiendo criticar a Kelsen al respecto, se limitan a volver a enunciar aquello que Kelsen critica, sin suministrar argumento alguno que permita poner en cuestión la pertinencia de la crítica kelseniana. Tal es el caso, por ejemplo, de F. Russo cuando escribe: "lo que a Kelsen le parece sin sincretismo metodológico —el hecho de que la descripción de la sociedad sea inmediatamente propuesta ético-política— es el fruto, por el contrario, del análisis de los fundamentos de la realidad capitalista.[150] Cómo pueda derivarse una propuesta ético-política de la descripción o el análisis de realidad alguna es algo que, naturalmente, Russo no explica. Como tampoco lo hace A. Pfabigan, quien se limita al expediente de apelar a las virtualidades —tampoco explicadas— del "método dialéctico". Escribe así Pfabigan: "opina Kelsen que al político que quiera saber qué debe hacer, sólo puede darle el marxismo una respuesta en extremo insatisfactoria, diciéndole lo que será. Un marxismo de tal jaez, en efecto, se vería enfrentado al problema de justificarse como teoría política. Mas en virtud de su método dialéctico, el marxismo no necesita semejante legitimación".[151] Todo un prodigio

[150] F. Russo: *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo*, La Nuova Italia, Florencia, 1976, p. 31. Sobre este libro de Russo véase la durísima crítica de I. Villarolo, publicada con el título de *Né Kelsen né il marxismo*, en "Politica del Diritto", nº 4, 1977, pp. 471-475.

[151] A. Pfabigan: *La polémica entre Hans Kelsen y Marx Adler sobre la teoría marxista del Estado*, en AAVV: *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, cit., p. 84.

—como puede verse— de escamoteo de la argumentación en beneficio de la petición de principio.

No obstante todo ello, hay también que subrayar que no todos aquellos que se han considerado a sí mismo insertos en la tradición marxista han aceptado una concepción naturalista de la ética. Limitándonos a corrientes particularmente próximas al universo cultural de Kelsen, no fueron, desde luego, naturalistas en ética quienes —partiendo, bien del neokantismo, bien del marxismo— preconizaron completar a Marx con Kant: en el sentido de considerar al materialismo histórico como un discurso *en indicativo* dirigido al conocimiento de la dinámica de la realidad social que debía ser completado (y de ahí el recurso a Kant) con un discurso ético-normativo que fundamentase el socialismo como programa, esto es, como objetivo valioso. Es, a mi juicio, absolutamente sorprendente que Kelsen no haya considerado necesario, en ninguna de sus obras sobre el marxismo, echar las cuentas con este, según los casos, *kantismo marxistizado* o *marxismo kantianizado*,[152] sobre todo si se tiene en cuenta que estos intentos de unión entre Kant y Marx procedieron de medios intelectuales muy próximos a aquellos en los que estuvo inmerso el primer Kelsen.

13.2. Aun sin entrar en la —entre los marxistas— disputadísima cuestión de cuáles son los elementos hegelianos que pueden considerarse incorporados al marxismo, no parece —en mi opinión— que pueda sostenerse sin más, como hace Kelsen, que Marx adoptara la identificación hegeliana entre razón y realidad al menos en el sentido de pensar que un proceso caracterizado por la existencia de conflicto entre sus elementos integrantes constituye una contradicción lógica. Aunque ciertamente ni Marx ni los marxistas han mostrado en general mucha sensibilidad hacia la distinción entre mundo y lenguaje, no creo que pueda achacárseles el que cuando aluden a un conflicto (o, en su terminología, a una "contradicción") entre clases sociales crean estar expresando una contradicción lógica. Ciertamente, puede reprocharse a los marxistas —como lo hace Popper— el que "gusten usar el término 'contradicción', allí donde sería menos engañoso usar términos como 'conflicto', 'tendencia opuesta', 'interés opuesto', etcétera".[153] Pero este reproche no es, en sí mismo, especialmente importante: cada cual

[152] Los textos más significativos de esta corriente se encuentran en trad. castellana en la antología preparada por V. Zapatero: *Socialismo y ética: textos para un debate*, Pluma-Debate, Bogotá-Madrid, 1980.

[153] K. R. Popper: "¿Qué es la dialéctica?", en *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 386.

usa los términos con la carga de significado que él mismo les asigna y, por otra parte, es frecuente en el lenguaje común el uso del término "contradicción" con significados extralógicos: a nadie le causaría extrañeza que yo hablara, por ejemplo, de la existencia de una contradicción entre mi tendencia a la pereza y mi deseo de terminar este artículo. Si cabe enjuiciar negativamente el uso por parte de los marxistas, en contextos extralógicos, de términos que tienen "significados lógicos claros y bien definidos" ello obedece sólo a razones pragmáticas: a que este uso, como dice el mismo Popper, "ha contribuido considerablemente a la confusión de lógica y dialéctica que tan a menudo aparece en las discusiones de los dialécticos".[154]

13.3. En opinión de R. Guastini, las obras kelsenianas de crítica del marxismo estarían lastradas por un cierto esencialismo lingüístico que residiría en el presupuesto —implícitamente operante, según Guastini, en estos textos de Kelsen— de que los términos capitales empleados en cualquier teoría del derecho tendrían siempre la carga de significado atribuida a los mismos por la teoría pura. Este esencialismo implícito llevaría a Kelsen, siempre según Guastini, a una comprensión en buena medida distorsionada de los textos marxistas: pues, en su lectura de los mismos, tendería a "atribuir a las palabras significados no extraídos del contexto, sino importados de un lenguaje extratextual ya codificado (el lenguaje de la teoría pura del derecho)"; se explicaría así que Kelsen "de la identidad de un lexema infiera acríticamente la identidad de un concepto" y que, por ello, "no perciba casi nunca las oscilaciones léxicas e indeterminaciones semánticas" [155] presentes en las obras de los marxistas. Ejemplos de todo ello serían a juicio de Guastini, los siguientes: *a)* el entendimiento por parte de Kelsen del sintagma "dictadura democrática" como necesariamente autocontradictorio, siendo así que, en alguno de los sentidos atribuidos por los marxistas al término "dictadura" hablar de "dictadura democrática" no implica caer en autocontradicción; [156] *b)* las críticas kelsenianas a los usos del término "democracia" en los marxistas: "Kelsen —escribe Guastini— no percibe las ambigüedades semánticas y pragmáticas en los usos marxistas del vocablo 'democracia': Para él, 'democracia' no designa más que una forma de Estado, es decir, un particular modo o método, o procedimiento de creación del Derecho";[157] *c)* el dato de

[154] *Id.*
[155] R. Guastini: *La dottrina pura del diritto e il marxismo*, *cit.*, pp. 146-147.
[156] *Id.*, p. 146.
[157] *Id.*, p. 167.

que "frente a un enunciado que permite ser interpretado alternativamente o como proposición empírica, o como definición (estipulativa) Kelsen escoge, sin mayor análisis, la segunda alternativa": [158] tal es el caso de la tesis marxista acerca del Estado como organización del dominio de clase, que Kelsen interpretaría no como tesis de carácter empírico (de generalización inductiva) sino como proposición analítica.[159]

En mi opinión, la crítica de Guastini es desacertada en relación con los tres ejemplos por él suministrados: *a)* no es cierto que Kelsen entienda el sintagma "dictadura democrática" como necesariamente autocontradictorio: ya vimos en el § 7 cómo Kelsen subrayaba precisamente que "la conciliabilidad de la 'dictadura' en el sentido del uso lingüístico marx-engelsiano con la 'democracia' no puede ponerse en duda";) [160] *b)* respecto a las críticas kelsenianas a los usos del término "democracia" en los marxistas (y muy señaladamente en Lenin), el núcleo de las mismas se halla, en mi opinión —como ya vimos en el § 2.2.2—, en poner de relieve cómo los desplazamientos de significado operados por los marxistas al respecto obedecen al propósito de aprovechar el prestigio del término "democracia" —prestigio que proviene de designar en el uso común un determinado método de creación del orden jurídico— para legitimar contenidos normativos cuyo procedimiento de creación ha sido distinto del democrático: es decir, lo que Kelsen reprocha a los marxistas es que su desplazamiento del significado usual de "democracia" no tenga más razón de ser que la de utilizar *pro domo sua* la emotividad favorable que este término suscita; *c)* por lo que hace a la tesis acerca del Estado como garante de la opresión de clase, ya vimos ampliamente en el § 5 que Kelsen aborda la cuestión distinguiendo precisamente las dos alternativas de las que habla Guastini y adoptando una posición diferenciada respecto de cada una de ellas: si dicha tesis se interpreta como proposición empírica, Kelsen —como vimos— se muestra parcialmente de acuerdo con ella; si, por el contrario, se entiende como definición del término "Estado", el desacuerdo kelseniano es radical: pues Kelsen rechaza que pueda ser conceptualmente adecuada cualquier definición de "Estado" en términos funcionales.

[158] *Id.*, p. 147.
[159] *Id.*, pp. 163-164.
[160] *S. y E.*, p .320.

Ello no obstante, sí hay, en mi opinión, en los escritos de Kelsen —aunque no donde lo quiere ver Guastini— tanto rastros de esencialismo en general, como, más en particular, momentos de críticas injustificadas al marxismo originadas por la proyección sobre él de las cargas de significado atribuidas a determinados términos por la teoría pura. Ejemplo de lo primero sería la negativa —de la que acabamos de ocuparnos en el § 13.2— a admitir posibles significados extralógicos del término "contradicción", de lo segundo, la crítica —que examinamos en el § 8.2.2— al concepto de "derecho revolucionario" como concepto autocontradictorio. Pues, en efecto, "derecho revolucionario" es una expresión autocontradictoria sólo si "revolución" se entiende en sentido jurídico, esto es, como quiebra de la continuidad del ordenamiento, como cambio de norma básica. Si, por el contrario, el término "revolución" se entiende —como sin duda lo entendían los marxistas que hablaban de "derecho revolucionario"— en sentido extrajurídico (aludiendo por ejemplo, a transformaciones profundas en las relaciones económicas y sociales) entonces la expresión "derecho revolucionario" no encierra, obviamente, autocontradicción alguna.

13.4. También el *approach* al derecho propio de la teoría pura opera en algún caso, a mi juicio, como filtro deformador de la comprensión kelseniana de las posiciones marxistas: pienso especialmente en las críticas formuladas a la presencia de determinados dualismos en la teoría jurídica de Pasukanis (*cfr.* § 11.3). Kelsen, en efecto, no parece apercibirse de que la obra de Pasukanis trata de hacer frente a un orden de problemas distinto de aquel al que responde la teoría pura: el jurista soviético no trata de construir un marco conceptual que posibilite la descripción libre de contradicciones de la estructura y de la dinámica del sistema jurídico como conjunto de normas válidas, sino que persigue más bien la elaboración de una teoría social del derecho dirigida a la comprensión de la génesis histórico-económica y de las funciones sociales de lo jurídico.[161] Desde esta perspectiva, dualismos justamente criticados por Kelsen desde la óptica de un enfoque normativo, parecen requerir un tratamiento diferente: así, por ejemplo, si el derecho subjetivo puede y quizá, debe ser reconducido al derecho objetivo desde el punto de vista de la fundamentación normativa, trasladar sin más esta misma reconducción al punto de vista de la génesis

[161] Sobre la diferencia de perspectiva entre Kelsen y Pasukanis, *cfr.* Norbert Reich: "Hans Kelsen y Evgeni Pasukanis", en *Teoría del derecho y teoría marxista del derecho*, cit., pp. 21 y ss.

causal es probablemente disparatado: en este terreno, lo *originario* y lo *derivado* podrían ocupar en muchos casos (pensemos, por ejemplo, en la propiedad privada) posiciones justamente inversas a la que le son asignadas en el enfoque normativo. Análogamente, si para una teoría normativa puede ser fructífero identificar Estado y derecho y considerar a aquél como una mera expresión hipostática para designar el conjunto del ordenamiento jurídico, esta misma identificación parece francamente descabellada si se traslada al plano de la descripción del funcionamiento real de los aparatos estatales: pues traería como consecuencia que las actuaciones normativamente irregulares de esos aparatos estatales constituyeran un fenómeno literalmente impensable para el científico social.

13.5. Al margen de lo anterior, hay al menos dos puntos en los que cabe observar en Kelsen un evidente déficit de comprensión de las doctrinas marxistas. El primero de ellos se refiere a su entendimiento del materialismo histórico en términos de "interpretación económica de la sociedad" (*cfr.*, por ejemplo, § 7.1). Kelsen atribuye al marxismo una concepción según la cual en el nivel económico se alojaría la *causa* exclusiva (o, si se quiere, la *esencia*) de los procesos sociales, en tanto que los demás niveles de la estructura social (en la terminología marxista, las diversas superestructuras) constituirían meros *efectos* (o *fenómenos*) determinados por aquélla. Pues bien: no parece, desde luego, que tengan un contenido positivo preciso las fórmulas habitualmente empleadas por los marxistas al respecto, tales como las que aluden a la "autonomía relativa de las superestructuras" o a la "acción recíproca entre infraestructura y superestructuras": lo así positivamente afirmado se resuelve en poco más que la trivialidad de que, en la sociedad, todo influye sobre todo, si bien la influencia de la economía es especialmente importante. Ello no obstante, estas fórmulas sí tienen un preciso alcance negativo: y éste es cabalmente el de excluir que la concepción materialista de la historia constituya una "interpretación económica de la sociedad" del tipo que Kelsen cree ver en ella.

Un segundo caso de clara incomprensión por parte de Kelsen afecta a las posiciones marxistas respecto a la relación entre derecho igual y situaciones sociales desiguales. Kelsen parece pensar (*cfr.* § 10) que la opinión de los marxistas al respecto es que la teoría burguesa del derecho presenta el derecho burgués como un derecho igual, siendo así que —a juicio de los marxistas— este derecho sería un derecho desigual, caracterizado por sancionar ventajas para las clases más favorecidas. La tesis sostenida por los marxistas —y repetida por ellos

una y otra vez desde los pasajes clásicos de la *Crítica del programa de Gotha* de Marx hasta, pongamos por caso, los trabajos de U. Cerroni [162] —es, sin embargo, bien distinta: lo que los marxistas afirman es más bien que el derecho burgués, precisamente en tanto que efectivamente es "derecho formalmente igual", genera necesariamente desigualdad social, al otorgar un tratamiento formalmente igual a individuos socialmente ubicados en posiciones desiguales.

13.6. La obra de Kelsen sobre el marxismo presenta dos momentos de inconsistencia con postulados capitales de la metaética y de la teoría de la ciencia jurídica kelsenianas.

El primero afecta a la crítica del ideal de una sociedad anárquica: tal sociedad es, nos dice Kelsen, irrealizable (*cfr.* § 6.2.2). Pero esta crítica, si asumimos la particularmente fuerte versión de la "gran división" que Kelsen hace suya, es por completo impertinente: pues nada perteneciente a la facticidad puede ser aducido en pro o en contra de un valor. El propio Kelsen, en un momento de mayor fidelidad a sus presupuestos metaéticos, escribe que "así como hay algo que sigue estando lleno de valor y sigue siendo digno de ser perseguido, *aun cuando su realización deba manifestarse imposible,* así también es indiferente —para el valor y la precisión de un fin— que su realización se presente como inevitable".[163] Por otro lado, la crítica al comunismo anárquico como ideal irrealizable nos muestra a un Kelsen al que —por incompatible que resulte con su rechazo radical de todo tipo de iusnaturalismo— cabría calificar de *iusnaturalista mínimo:* pues si bien la apelación a la naturaleza humana no permitiría justificar ningún contenido normativo determinado, la propia existencia de un ordenamiento coactivo sí encontraría su justificación en esa misma naturaleza.

Una segunda inconsistencia se presenta en relación con el análisis kelseniano del régimen soviético presidido por la Constitución staliniana de 1936 (*cfr.* § 2.2.2). Este análisis concluye en la afirmación del carácter no democrático, sino despótico, del sistema de poder soviético; pero para poder llegar a esta razonable conclusión Kelsen ha debido ir más allá de la descripción de los preceptos constitucionales y penetrar en el funcionamiento efectivo del régimen staliniano: ha debido, pues, incurrir en un sincretismo metodológico prohibido por su teoría de la ciencia jurídica.

[162] *Cfr.*, por ejemplo, U. Cerroni: "Conocimiento científico y derecho", en *Introducción a la ciencia de la sociedad,* Grijalbo, Barcelona, 1977, pp. 146 y ss.

[163] *S. y E.*, p. 180 (el subrayado es mío).

La puesta de relieve de estas inconsistencias no debe llevarnos, en mi opinión, a rechazar la crítica kelseniana al ideal anárquico ni, obviamente, su caracterización del Estado soviético como autocrático; lo que habría más bien que poner en cuestión es, por un lado, una concepción de la ciencia jurídica cuya aplicación estricta conduciría al dislate de considerar que la Unión Soviética stalinista estaba democráticamente gobernada y, por otro, la rigidez que la "gran división" tiene en Kelsen: pues, en efecto, para que un proyecto práctico pueda ser considerado valioso parece razonable situar como precondición que sea realizable, esto es, compatible con los datos factuales disponibles.[164]

13.7. Se ha señalado con frecuencia que el tratamiento dispensado al problema de la ideología constituye el aspecto más endeble de la crítica kelseniana al marxismo.[165] En mi opinión debe prestarse especial atención, a este propósito, a dos aspectos de la concepción kelseniana de la ideología: *a)* la completa ausencia de cualquier dimensión social-objetiva en la génesis de la ideología. Para Kelsen, la deformación ideológica tiene su origen en la interferencia de intereses o valoraciones subjetivas que distorsionan la representación del objeto de conocimiento; la matriz de la ideología es, pues, la presencia en la voluntad de un interés distinto del de conocer la verdad: [166] la limpieza de la voluntad de todo interés distinto del de conocer asegura, así, la eliminación de la ideología. En este punto, me parece claro que las tesis marxistas sobre la determinación social de la ideología, sobre su origen en el tejido objetivo de las relaciones sociales, han influido sobre las ciencias sociales contemporáneas —en particular, sobre la sociología del conocimiento— de forma más decisiva y también más fecunda que el —a este respecto— sumario y un tanto ingenuo enfoque kelseniano; *b)* la reducción de la ideología al ámbito del discurso descriptivo. Según hemos visto en el § 8.2.1, sólo en el lenguaje descriptivo cabe, en

[164] De distinta opinión es R. Guastini, quien considera que la única vía de crítica pertinente a los proyectos prácticos sería la propiamente valorativa (*Cfr. La dottrina pura del diritto e il marxismo*, cit., pp. 170 y ss.

[165] *Cfr.*, entre otros, F. Riccobono: *Introduzione a TGD e m.s.*, cit.; P. Romer: *La teoría del derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología*, publicado como apéndice a *Esencia y valor de la democracia*, cit.; L. Tadic: *Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'ideologie dans "la théorie pure du droit" et dans le marxisme*, en A. Ph. D., nº 12: *Marx et le droit moderne*, 1967.

[166] "La ideología —leemos en la 2ª ed. de la *Reine Rechtslehre*— encubre la realidad en cuanto, *con el propósito* de conservarla, defenderla, la transfigura, o, *con el propósito* de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra, la desfigura" (*Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 122; los subrayados son míos).

opinión de Kelsen, la deformación ideológica: pues si la falsedad es un elemento definitorio del concepto de "ideología", sólo podrán ser "ideológicos" los enunciados descriptivos, pero no aquellos otros cuyo significado es un juicio de valor, una norma o un mandato: de ahí que, en relación con el universo jurídico, "ideológico" sea un predicado que sólo puede ser aplicado con sentido a las teorías jurídicas (constituidas por enunciados descriptivos de normas) pero no al derecho mismo (constituido por normas). A mi modo de ver, Kelsen plantea aquí un problema importante: ¿cómo podemos afirmar que la *falsedad* es un elemento constitutivo del concepto de "ideología" y al mismo tiempo predicar el carácter "ideológico" de sistemas de valores o de normas?, ¿es preciso que, para poder cohonestar ambas afirmaciones, atribuyamos valor veritativo a los valores y a las normas? El enfoque kelseniano conduce inexorablemente a una respuesta positiva: tan sólo podríamos decir que determinados valores o normas son *ideológicos* si entendemos que tales valores o normas son *falsos* (y, en consecuencia, que hay otros valores o normas que son *verdaderos*). En mi opinión, sin embargo, no es necesario atribuir valor veritativo a valores y normas para poder predicar con sentido el carácter ideológico de los mismos: basta con que la falsedad connotada por el concepto de ideología la entendamos referida, no a los propios valores y/o normas, sino a los efectos de los mismos sobre las representaciones que de la realidad se hacen los que participan de los valores y/o se encuentran sometidos a las normas en cuestión. En este sentido, diríamos que el carácter ideológico del derecho reside, no en que sus normas sean falsas, sino en que estas mismas normas provocan en los a ellos sometidos una representación falsa de las relaciones sociales: así podríamos sostener que instituciones tales como el contrato o el salario provocan que relaciones sociales en las que los hombres entran necesaria y desigualitariamente aparezcan, para estos mismos hombres, como relaciones presididas por la libertad y la igualdad entre las partes. Así reformulada, la tesis marxista sobre el carácter ideológico del derecho permite, a mi juicio, una más cabal comprensión del derecho como técnica social que la posibilitada por el enfoque kelseniano: pues si —como hace Kelsen— se excluye al derecho de la producción de ideología, el orden jurídico sólo puede ser pensado en su dimensión de técnica coactiva [167] y queda por completo bloqueada la posibilidad de encarar su no menos importante dimensión de técnica de legitimación y de generación de consenso.

[167] *Cfr.* sobre ello, F. Riccobono: *op. cit.*, p. 25.

# EL CONCEPTO DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS DE WEBER Y DE KELSEN

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

SUMARIO: *Introducción.* I. *Teoría de Max Weber;* 1. *Supuestos fundamentales;* 2. *Conceptos de la "acción" y del "sentido subjetivo";* 3. *Concepto de "acción social";* 4. *Concepto de "relación social";* 5. *El individualismo metodológico de Weber;* 6. *Las "máximas" de la acción;* 7. *La "validez" de un orden;* 8. *La legitimidad de un orden.* 9. *La coactividad como característica exterior al orden válido;* 10. *Límite al concepto de derecho;* 11. *Concepto jurídico-dogmático del derecho;* 12. *Relación del concepto del derecho con el de dominación;* 13. *Pluralidad de órdenes normativos;* 14. *El concepto del monopolio de la coacción física.* II. *Teoría de Hans Kelsen.* 1. *El derecho entendido como orden normativo;* 2. *El concepto de coactividad específica;* 3. *El derecho como orden coactivo;* 4. *El "cuadro administrativo" como órgano jurídico: identidad del derecho y el Estado;* 5. *La unidad y la unicidad del derecho;* 6. *El Estado posee el monopolio de la coacción física.*

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto presentar dos concepciones sobre el derecho: una, de un gran sociólogo y jurista: Max Weber; la otra, de un jurista muy importante, que hizo algunas investigaciones sociológicas: Hans Kelsen. Entre ambas concepciones hay algunos puntos de contacto, los que resaltaré en su lugar, aunque también hay divergencias que, en ocasiones, son notorias. Mi interés se centrará en algunos conceptos fundamentales que ambos autores manejan en relación con el concepto del derecho. Estos conceptos son los siguientes:

1. El derecho entendido como un orden.
2. El concepto de la coactividad difusa.
3. El concepto de la coactividad como garantía del orden.
4. El concepto del cuadro administrativo.
5. La pluralidad de los órdenes normativos jurídicos.
6. El concepto del monopolio de la coacción física por el Estado.

Estos seis conceptos, con los que Weber construye el concepto del derecho, serán presentados durante la exposición enlazados entre sí serialmente.

Hay una peculiaridad de la teoría de Kelsen, que la distingue de la de Weber, que expondré cuando presente sus conceptos fundamentales sobre el derecho, y que consiste en lo que he denominado la "semantización" de ciertas características del derecho, tal como éste es concebido por Weber y otros autores posteriores. Esta "semantización" significa lo siguiente: que ciertos elementos reales, ciertas condiciones pragmáticas, que determinan el carácter jurídico de ciertas formaciones verbales, en primer lugar, se conceptualizan y, posteriormente, dichos conceptos se incluyen dentro de la formulación verbal de la norma, de manera que lo que era algo externo a la norma se convierte en contenido de la misma. Este concepto de la "semantización" de elementos pragmáticos en el concepto del derecho será presentado como una de las operaciones que definen el pensamiento kelseniano y lo distinguen de otras conceptualizaciones del derecho.

## I. Teoría de Max Weber

### 1. *Supuestos fundamentales*

Max Weber, aunque anterior a Hans Kelsen, como jurista que fue, nos ofrece en su gran obra sociológica *Economía y sociedad* un concepto del derecho específico, que intentaremos explicar a continuación. La tarea no es fácil pues Weber, en la elaboración de su teoría sociológica, procede siguiendo un método que podríamos denominar "constructivo", *i. e.*, por progresivas adiciones conceptuales a unas nociones primitivas presentadas de antemano. Una segunda causa de la dificultad mencionada estriba en el hecho de que entre una gran cantidad de observaciones sociológicas de carácter histórico y empírico, debe entresacarse el concepto dogmático, autónomo, que se encuentra implícito en todas esas afirmaciones sociológicas. La labor hay que llevarla a cabo pues, como lo veremos más adelante, este concepto autónomo del derecho condiciona el campo sobre el cual la ciencia de la sociología realizará su labor teórico-explicativa.

Debemos hacer, por lo pronto, algunas observaciones sobre el método constructivo de Weber. Dijimos que consiste fundamentalmente en progresivas adiciones de conceptos a unas nociones previamente presentadas las cuales son mostradas con ejemplos y explicaciones más

o menos intuitivamente presentadas. Estas nociones primitivas constituyen el más alto nivel de generalidad y, por tanto, su dominio de objetos es mayor y su "intención" o contenido conceptual es menor. Ellas constituyen los conceptos centrales que subyacen en todo otro concepto construido. Son, como diría Max Weber, "categorías sociológicas", *i. e.*, las afirmaciones sociológicas fundamentales, sobre las cuales está construida toda la teoría weberiana.

Todo concepto construido, en consecuencia, tiene un menor nivel de generalidad pero mayor contenido conceptual. Su dominio de objetos es más restringido y, por tanto, se encuentra lógicamente más cercano a las proposiciones de experiencia o "juicios de percepción" como diría Kant. El objeto o finalidad es hacer la reconstrucción conceptual de los fenómenos sociales.

Este carácter constructivo de la teoría de Weber nos obliga a repasar, aunque sea de modo muy breve, algunos conceptos fundamentales de la sociología comprensiva. Sólo el conocimiento de ellos permite comprender el concepto de derecho que sostiene nuestro autor.

## 2. *Conceptos de la "acción" y del "sentido subjetivo"*

En primer lugar, está el concepto de la acción y correlativamente, el de "sentido subjetivo" de una conducta.

Dice Weber "Por 'acción' debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo." [1] La acción es conducta intencional. En la intención se encuentra el sentido de la conducta.

La conducta intencional puede identificarse con la conducta voluntaria. Weber atribuye esta intención siempre a un sujeto individual; por ello adjunta al concepto del "sentido" el de la "subjetividad". "Acción como orientación significativamente comprensible de la propia conducta, sólo existe para nosotros como conducta de una o varias personas individuales." [2]

Este sentido subjetivo lo contrapone y lo distingue del sentido objetivo que una conducta puede tener, derivado del juicio que compara esa conducta, con una disciplina cualquiera dogmática, como por ejemplo, la jurisprudencia.

[1] Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1981, p. 5.
[2] *Idem*, p. 12.

3. *Concepto de "acción social"*

A continuación define Weber la acción social, definición que constituye una especificación del concepto general de acción. El concepto de la acción social restringe la extensión e incrementa la intención del concepto de la acción. La acción social es aquella que conforme a su sentido está referida a la conducta de otros y cuyo desarrollo está determinado por esta orientación. Las acciones de los otros pueden ser, en concepto de Weber, pasadas, presentes o futuras. Esta afirmación abre un campo muy amplio para la comprensión del sentido de una enorme multiplicidad de conductas, en tanto que la misma no se restringe a la conducta de otro sujeto presente. Esta modalidad temporal la ejemplifica diciendo que la acción social puede ser "venganza por previos ataques, réplica a ataques presentes, medidas de defensa frente a ataques futuros" [3] si se toma como ilustración de estos conceptos la conducta de la lucha de la guerra.

Los sujetos en relación con los cuales se realiza la acción social pueden ser determinados o indeterminados, individuos o pluralidades de individuos, presentes, pasados o futuros.

4. *Concepto de "relación social"*

Cuando existen dos sujetos cuando menos y ambos llevan a cabo una acción social referida al otro, *i. e.*, cuando las conductas, por su sentido, están "recíprocamente referidas", entonces se constituye una "relación social".

"Por 'relación' social debe entenderse una conducta plural —de varios— que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad." [4]

5. *El individualismo metodológico de Weber*

A continuación Weber observa que la relación social no constituye sustancia alguna. No debe ser hipostasiada, pues sólo "consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente, en una forma (con sentido) indicable". Señala que en una relación social puede ser *permanente*, es decir,

[3] *Idem*, p. 18.
[4] *Idem*, p. 21.

que exista, en este caso la probabilidad de la repetición continuada de una conducta con el sentido de que se trate... La *existencia* de relaciones sociales consiste tan sólo en la presencia de este "chance" —la mayor o menor *probabilidad* de que tenga lugar una acción de un sentido determinado y *nada* más—, lo que debe tenerse siempre en cuenta para evitar ideas falsas. Que una "amistad" o un "estado" existiera o existe, significa pura y exclusivamente: Nosotros *(observadores)* juzgamos que existió o existe una probabilidad de que sobre la base de una cierta actitud de hombres determinados, se actúa de cierta manera con arreglo a un sentido, determinable en su término medio, y nada más que esto cabe decir.[5]

Estas observaciones deben tenerse presentes para contrastarlas más adelante con otras que se presentarán.

## 6. *Las "máximas" de la acción*

Debe darse especial importancia a los conceptos que se presentarán a continuación: "El sentido que constituye de un modo *permanente* una relación puede ser formulado en forma de 'máximas' a las cuales los partícipes pueden esperar su adhesión de la otra u otras partes y a su vez orientar por ellas su propia acción (aproximadamente o por término medio)".[6]

Esto significa lo siguiente: el sentido de una relación social permanente puede ser formulado verbalmente y esta formulación verbal constituye una máxima. Esta o estas máximas presentan verbalmente los sentidos subjetivos de las acciones de cada sujeto en la relación social. Por ello los sujetos orientan sus conductas recíprocamente. Esta orientación recíproca, unida a la variable temporal, produce la permanencia y la generación de *expectativas* de cada sujeto respecto a la conducta del otro u otros sujetos partícipes en la relación social. Con ello se da la condición necesaria para que la formulación de estas máximas sean *mandatos*. Creo que *sólo mandatos pueden ser*, en virtud de que las descripciones deben quedar excluidas, pues el contexto o ambiente no refuerza la conducta descriptiva o indicativa, sino la que satisface la expectativa de cada sujeto partícipe en la relación social.

[5] *Idem*, p. 23.

[6] *Ibidem*. El autor ha modificado ligeramente la traducción castellana, para hacer el texto más fiel al original alemán.

De esta manera puede entenderse la afirmación de Weber antes transcrita, aunque ciertamente no la presenta así, ni podía presentarla por la falta de los conceptos fundamentales de la psicología de la conducta operante de Skinner. Como tendremos la oportunidad de observar más adelante, Weber introduce subrepticiamente el concepto de norma en este contexto, sin deducirlo explícitamente.

Weber observa adicionalmente, que "el sentido de una relación social puede ser *pactado* por declaración recíproca. Esto significa que los que en ella participan hacen un *promesa* respecto a su conducta futura (sea de uno a otro o en otra forma). Cada uno de los partícipes —en la medida en que procede racionalmente— cuenta normalmente (con distinta seguridad) con que *el otro* orientará su acción por el sentido de la promesa tal como él la entiende." [7]

## 7. *La "validez" de un orden*

Si el sentido de una relación social se encuentra consignado en máximas, *i. e.*, ha sido formulado verbalmente y "la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por máximas que pueden ser señaladas" [8] entonces el "contenido de sentido" de la relación social se le llama *"orden"*. El orden no es la máxima, sino el sentido de la máxima es sólo un fenómeno locucionario, un objeto externo, como lo son los sonidos o las marcas de tinta en un papel. Pero la máxima significa algo, dice algo, ordena o recomienda algo, etcétera. Eso ha sido llamado tradicionalmente con diversos nombres, entre los cuales está el de proposición, norma, etcétera. Weber lo llama "contenido de sentido".

Es importante destacar que este orden, para Weber, no existe independientemente de la relación social. Es claro que pueden formularse máximas de todo tipo, muchas de las cuales seguramente no constituirán formulaciones verbales con base en las cuales ciertos hombres orientan efectivamente su conducta. Esto significa, en realidad, que no son "máximas" en el sentido de Weber, pues conforme a su definición, transcrita más arriba, una máxima es la formulación verbal del sentido subjetivo de las conductas que integran permanentemente una relación social. Entonces, no se les podría aplicar el concepto de "orden". Por lo tanto, las máximas auténticas se obtienen inductivamente o pueden

[7] *Ibidem.*
[8] *Idem*, p. 25.

ser formuladas a través de promesas recíprocas, *i. e.*, pueden ser pactadas. En este último caso, las máximas pactadas tienen una cualidad específica que las distingue de las máximas obtenidas por inferencia, pues, entonces, las máximas existen y sólo en el futuro la conducta de los prominentes se orientará por ellas.

Weber se expresa imprecisamente y con defectos lógicos subyacentes cuando introduce el concepto de la "validez" de un orden, pues este concepto supone el concepto que quiere construirse, lo cual no es un procedimiento lógico legítimo. Dice: "Y sólo hablaremos de una validez de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen *válidas* para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta".[9] La introducción del concepto de obligatoriedad es totalmente arbitraria. Si las máximas que son designadas con la palabra "orden" son obligatorias, es porque esas máximas son normas, *i. e.*, son "modelos de conducta" obligatorios.

¿De dónde surge esta normatividad, esta obligatoriedad? Weber no lo dice. Que las máximas sean "válidas para la acción" significa que son obligatorias. La validez de un orden es su obligatoriedad. Weber no explica sus términos. Del párrafo acabado de transcribir se puede entender que un orden, que un conjunto de máximas, es válido si es obligatorio y además, por ser un orden se cumple (*i. e.*, orientan efectivamente la acción) por "término medio o aproximadamente". Pero se requiere, dice Weber, que este cumplimiento en "algún grado significativo" esté determinado o condicionado por el hecho de que *los sujetos las consideran como obligatorias, i. e.*, como modales de conductas que deben realizar. La creencia en su obligatoriedad, en su validez, en su carácter normativo es un elemento en la motivación de la conducta orientada por esas máximas. Creo que estas afirmaciones recogen el sentido de lo que Weber quiere expresar. Como confirmación, véase lo que dice en lo que sigue:

> De hecho la orientación de la acción por un *orden* tiene lugar en los partícipes por muy diversos motivos. Pero la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos por una parte de los actores aparezca ese *orden* como obligatorio o como modelo, o sea,

[9] *Ibidem.*

como algo que *debe ser*, acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable.[10]

A esta opinión, a esta creencia, tomando como punto de referencia el "orden", Weber la denomina "prestigio de ser obligatorio y modelo". Esto es igual a "prestigio de legitimidad". En consecuencia, legitimidad es igual a ser obligatorio y modelo de conducta.

En relación con esta legitimidad es pertinente la pregunta sobre los motivos o causas por los que se *atribuye* legitimidad a un orden. Esta pregunta la contesta Weber en el parágrafo 7 y dice que puede ser:

a) en méritos de la *tradición;*
b) en virtud de una creencia *afectiva;*
c) en virtud de una creencia *racional con arreglo a valores;*
d) en méritos de los *estatuidos positivamente.*

Es decir, éstas son características de la "acción" de atribuir validez a un orden. Podríamos, incluso, decir que pueden convertirse en razones para motivar la acción de atribuir legitimidad a un orden; en otros términos, razones que motivan la acción de considerar a unas máximas como obligatorias o como modelos de acción para el sujeto.

8. *La legitimidad de un orden*

Hemos concluido con la afirmación de que un orden válido es un conjunto de normas obligatorias. La peculiaridad del pensamiento sociológico de Weber consiste en no dirigirse directamente al estudio de estas normas obligatorias, sino pragmatizarlas, es decir, relacionarlas con la conducta de ciertos sujetos, con características específicas, en situaciones típicas. Es por ello que en lugar de normas habla de "máximas", en lugar de cumplimiento habla de "orientación de la conducta" por las "máximas", en vez de validez u obligatoriedad de la creencia en la legitimidad, etcétera.

Se dirán más cosas de este procedimiento de pragmatización después de la siguiente transcripción, la cual es necesaria para arribar al concepto del derecho:

6. La legitimidad de un orden puede estar garantizada:

[10] *Idem*, p. 26.

I) De manera puramente íntima; y en este caso:

1) puramente afectiva: por entrega sentimental
2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte)
3) religiosa: por la creencia de que de su observancia depende la existencia de un bien de salvación.

II) También (o solamente) por la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de intereses.

a) *Convención:* cuando su validez esté garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante habrá de tropezar con una (relativa) *reprobación* general y prácticamente sensible.
b) *Derecho:* cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.[11]

Este es un párrafo muy ilustrativo, en donde aparecen con toda claridad algunas de las distinciones que habrá que hacer para poder presentar el concepto del derecho de nuestro autor. En los párrafos anteriores tenemos consignados, de modo muy sucinto, una pluralidad de concepciones normativas, dentro del ámbito de estudio propio de la sociología. Con esto me estoy refiriendo al concepto explicado anteriormente de la pragmatización de los conceptos normativos, o mejor dicho, a la concepción pragmática de las normas llevada a cabo por la sociología. Si las normas son el sentido abstracto de muchas conductas, entonces la sociología establece la "conexión de sentido". Por "concepciones normativas" me estoy refiriendo a teorías éticas o, en general, teorías sobre las normas, en el sentido en que, por ejemplo, se habla de una teoría emotivista de las normas morales. La garantía

[11] *Idem*, p. 27.

de la legitimidad racional con arreglo a valores tipifica sociológicamente lo que Kant dice de la ética: que hay conductas buenas en sí mismas, lo que acontece cuando están determinadas por la forma de una legislación universal, lo cual se encuentra formulado en el imperativo categórico.

Las consideraciones filosóficas que fundamentan a una moral o la justifican, las argumentaciones de la ética son "garantías" de la legitimidad de un orden, *i. e.*, producen la creencia, el prestigio de que son obligatorias. Las éticas diversas se convierten en contenido de las creencias para considerar legítmo un orden. En esto consiste la pragmatización de consideraciones semánticas: *son el contenido o las condiciones de conducta reales.* Dice Weber: "Para la sociología 'la' validez de un orden 'está' únicamente en aquella posibilidad de orientarse por esta representación".[12] La representación a la que se refiere es la de una norma obligatoria.

Existen otras éticas: la utilitarista, que atiende a las consecuencias de las acciones y dependiendo de ellas, califican a las conductas como obligatorias o no, de conformidad con los criterios (normas) utilitaristas. En contraste con las garantías íntimas o internas aparecen ahora las garantías externas y las consecuencias de los actos.

## 9. *La coactividad como característica exterior al orden válido*

Es conveniente tener presente que el "orden" del que habla Weber comprende máximas o normas, como se quiera, que solamente especifican la conducta obligatoria. No comprende, en manera alguna, las consecuencias normativas (castigos, sanciones) de esas conductas como *parte integrante de la norma.* Weber omitió llevar a cabo la introducción de la coacción en el contenido de la norma, lo que sí hizo Kelsen, modificando con ello todo el concepto de la normatividad. Y en esto se encuentra la *diferencia fundamental* entre ambos autores, pues para este último, por esa introducción, todo se convierte en un problema normativo, de carácter semántico, *i. e., deóntico,* mientras que para Weber es un problema pragmático, pues la sanción no es un contenido de la norma, sino una garantía de ella y, en consecuencia, es externa a ella. La norma es entendida sólo como una máxima que impone obligaciones y su garantía se encuentra dentro del campo de los hechos, no dentro del ámbito semántico de las normas. En conse-

[12] *Ibidem.*

cuencia, *lo que para Kelsen constituye una necesidad normativa, en Weber se disuelve en una probabilidad real.* Veamos cómo acontece esto:

*a)* Cuando las consecuencias externas de la conducta discordante con la norma consisten en una cierta probabilidad de encontrar una "reprobación general y prácticamente sensible" estamos frente a la *convención.*

*b)* Cuando las consecuencias externas de la conducta discordante con la norma consisten en una cierta probabilidad de:

1) coacción (física o psiquica) y, además,
2) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con esa misión, estamos en presencia del *derecho.*

Obsérvese que en ambos casos la norma contiene obligaciones y ella misma *no* dispone la sanción, *i.* e., la consecuencia de la transgresión de la norma. Esta consecuencia de la violación de la norma que establece la conducta obligatoria es pensada por Weber dentro del ámbito de los hechos sociales y, por tanto, dentro del campo de los objetos de estudio de la sociologia. Esta consecuencia es una que acontece en el campo de la realidad. No es pensada como contenido de la norma. Por ello, de esa consecuencia sólo puede predicarse una cierta probabilidad, no una necesidad que derive de consideraciones puramente semánticas.

Dice Weber:

> En contraposición al derecho (en el sentido en que usamos esta palabra) falta (en la convención) un cuadro de personas especialmente dedicado a imponer su cumplimiento... Una falta contra la convención (costumbre estamental) se sanciona con frecuencia con mucha más fuerza que la que pudiera alcanzar cualquier forma de coacción jurídica, por medio de las consecuencias eficaces y sensibles del boicot declarado por los demás miembros del propio estamento. Lo que falta únicamente es el cuerpo de personas especialmente destinado a mantener su cumplimiento (juez, fiscales, funcionarios administrativos, etcétera). Lo decisivo es que... es el *individuo* el que emplea los medios represivos (a menudo drásticos) y en méritos precisamente de la reprobación convencional, pero no un *cuerpo de personas* encargadas de esa función.[13]

[13] *Idem,* pp. 26-28.

Sin embargo, reconoce que el tránsito de la convención al derecho es completamente *fluido*. "El caso límite de la garantía convencional de un orden, ya en tránsito hacia la garantía jurídica, se encuentra en la aplicación del *boycot* formalmente *organizado* y proclamado (en su amenaza)".[14]

Puede verse que, en la teoría de Weber, la reprobación es una garantía externa; lo mismo son la coacción física o psíquica, de las normas, o sea, del orden jurídico. La diferencia entre ambos tipos de órdenes, el jurídico y el convencional, se encuentra en que en el derecho existe un cuadro específico de individuos, especializados o no, estatuido para ejercitar la coacción física o psíquica y en la convención no existe tal cuadro específico para ejercitar la reprobación social. Independientemente de lo anterior, es pertinente hacer la observación de que no hay razón suficiente por la cual deba desconocerse que la "reprobación" es una coacción psíquica, la que en ciertos casos puede ser más efectiva y enérgica que la física, como lo reconoce expresamente nuestro autor.

El concepto de la coactividad del derecho, tal como lo entiende Weber, no está claramente determinado, en el sentido de considerar como coacciones o, mejor, sanciones cuya ejecución puede hacerse por el modo de la fuerza, no un catálogo claramente especificado de tales actos, sino que, por el contrario, en Weber lo que importa es la "garantía" del orden y la coacción puede ser "física" o "psíquica", excluyendo solamente la "reprobación general", la cual adscribe a la convención, según ya hemos visto, "Los medios coactivos no hacen al caso", dice Weber.[15] A esto lo denominó "coactividad difusa".

Para completar estos conceptos y fijarlos, considérese este pasaje:

> Para nosotros lo decisivo en el concepto del "derecho" (que para otros fines puede delimitarse de manera completamente diferente) es la existencia de un *cuadro coactivo*. Este, naturalmente, en modo alguno tiene que ser análogo al que hoy en día nos es habitual. Especialmente, no es ni mucho menos necesaria la existencia de una instancia "judicial". El clan mismo puede representar ese cuadro coactivo (en los casos de venganza de la sangre y de luchas internas) cuando rigen de hecho, por las formas de sus reacciones, ordenaciones, de cualquier índole. Cierto que este caso está en el

[14] *Ibidem*.
[15] *Idem*, p. 28.

punto límite de la que todavía puede calificarse de "compulsión jurídica".[16]

10. *Límite al concepto del derecho*

Debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿qué orden es aquel que dispone la coacción física, pero no por un cuadro coactivo? La pregunta se impone dados los supuestos de Weber, pues sólo ha distinguido entre convención y derecho. Para resumir, el primero:

*a)* no tiene cuadro coactivo;
*b)* la garantía externa es la reprobación.

El segundo:

*a)* tiene cuadro coactivo;
*b)* la garantía externa es la coacción física y psíquica.

Preguntémonos, en consecuencia, qué orden sería aquel que dispone la coacción física, pero sin contar con un cuadro coactivo. Weber diría que tal orden no sería derecho.

> Desde luego, según la terminología aquí aceptada (como conveniente) no puede en realidad designarse como derecho a un orden que sólo esté garantizado por la expectativa de la reprobación y de las represalias de los lesionados —es decir, convencionalmente y por la situación de intereses— y que carezca de un cuadro de personas especialmente *destinado* a imponer su cumplimiento. Para la terminología jurídica puede muy bien ocurrir lo contrario. Los *medios* coactivos no hacen al caso.[17]

Como puede verse, la respuesta de Weber a nuestra pregunta es negativa. Su énfasis está en el cuadro coactivo, independientemente de cuál es la coacción. Además, de entre todas las coacciones escoge una, la reprobación, para adscribirla al orden convencional. Este orden *sui generis* por el que pregunta la interrogante con que se inició este inciso, podría ser considerado como aquel que surgiría durante el tránsito producido por la transformación de la convención en derecho. Sin

[16] *Ibidem.*
[17] *Ibidem.*

embargo, Weber no tipifica este caso y se constriñe a decir que es un "caso límite".[18]

11. *Concepto jurídico-dogmático del derecho*

Debemos señalar que en la teoría de Weber existe, además, una dualidad que no se le presenta al jurista dogmático. Esta dualidad deriva de mantener la tesis que afirma la existencia de un concepto sociológico y de un concepto jurídico del derecho. Es decir, existen dos puntos de vista teóricos posibles en cuanto al derecho: el jurídico y el sociológico. El primero,

> se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es qué significación o, lo que es lo mismo, qué *sentido normativo* lógicamente correcto *debe* corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica... La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídica-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombre, demarca de alguna manera.[19]

En cambio, el segundo "se pregunta lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran *subjetivamente* como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica".[20]

La consideración sociológica tiene como objeto, no el cosmos formal de las normas jurídicas, sino la conducta real y efectiva de los sujetos cuando está orientada por normas que se consideran válidas. Su función es establecer el conjunto de relaciones que integran la "conexión de sentido" hecha a partir de las normas consideradas como válidas por los sujetos en cuestión.

12. *Relación del concepto del derecho con el de dominación*

El concepto de dominación *(Herrschaft)* es uno central en la obra de Weber. Debemos, en primer término, recordar su definición. "Por

[18] *Idem*, p. 257.
[19] *Idem*, p. 251.
[20] *Ibidem*.

*dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas." [21]

Si se une el concepto de dominación al de asociación se obtiene, evidentemente, el de "asociación de dominación". La asociación en general *(Verband)* es una relación social en sentido weberiano, que posee una regulación

> limitadora hacia afuera cuando el mantenimiento de su orden está garantizado por la conducta de determinados hombres destinada en especial a ese propósito: *un dirigente* y eventualmente, un *cuadro administrativo* que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo.[22]

Nótese la relación esencial entre el concepto del derecho y el de la asociación, establecida a través de los conceptos de orden y garantía del orden por un cuadro coactivo. El único concepto nuevo es el de "poder representativo". Toda asociación tiene un derecho, un orden y, además, un cuadro coactivo y representativo.

Lo anterior es la base para afirmar que la dominación puede darse dentro de una asociación o fuera de ella. Esto último acontece en el caso de que un sujeto emita un mandato y otro, no perteneciente a la asociación, lo obedezca. El primer caso entraña una organización, una relativa centralización, pues ya existe un cuadro administrativo especialmente dedicado al mantenimiento del orden de la asociación. Kelsen diría que la asociación está constituida precisamente, por su derecho: habría identidad entre ambos. La razón de ello se explicó anteriormente con el concepto de la "semantización":

> Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un ámbito geográfico determinado, están garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo. Por *estado* debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al, *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.[23]

[21] *Idem*, p. 43.
[22] *Idem*, p. 39.
[23] *Idem*, pp. 44-45.

De la anterior transcripción puede uno darse claramente cuenta de que los conceptos determinantes del de "asociación de dominación política" son el "ámbito geográfico determinado" donde son válidas las ordenaciones de la asociación, *i. e.*, su derecho y la restricción a la aplicación de la fuerza física por parte del cuadro administrativo de la asociación. En consecuencia, lo político de una dominación queda determinado porque el cuadro administrativo ejerce la coacción física. La seriedad de la política está determinada por la seriedad del dolor y de muerte.

Supuesto lo anterior, el concepto del Estado se constituye por la adición del concepto de "monopolio legítimo de la coacción física", lo cual es equivalente a decir que el Estado es una asociación de dominación política que posee el monopolio mencionado. Quizá también deba agregarse el concepto de la "permanencia" de la actividad de la asociación como determinante del concepto del Estado. Sin embargo, para ciertos fines podría ser conveniente prescindir de este último concepto, por ejemplo, para explicar una organización revolucionaria.[24]

En el párrafo transcrito de Weber, llama la atención la exclusión de la coacción psíquica como un elemento del concepto del Estado. La coacción psíquica la reserva Weber para las asociaciones hierocráticas, como las iglesias.

## 13. *Pluralidad de órdenes normativos*

Esto nos conduce al siguiente pensamiento de Weber: la afirmación de la existencia de una pluralidad de derechos. Procede de esta manera: el derecho estatal, determinado como se ha dicho, aparece en una etapa específica de la evolución social. Sin embargo, hay derecho, dentro de un Estado, que no es derecho estatal y que puede, y de hecho, entra en conflicto con éste, en el sentido de que lo contradice. Las normas de ambos sistemas jurídicos tienen un contenido tal que es imposible que la conducta de los sujetos a los que se dirigen puedan orientar su conducta simultáneamente por dichas normas, pues la orien-

[24] Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería Manuel Porrúa, 1977, especialmente pp. 65 y 55, en donde se presenta la tesis de la existencia de un orden jurídico revolucionario, el cual poseería su Constitución, sus órganos legislativo y ejecutivo, sus jueces, así como sus ámbitos de validez normativos, los que carecerían de la característica de la permanencia temporal y la fijeza especial.

tación por una de ellas excluye la orientación por la otra. Esta sería la versión sociológica del problema de los conflictos normativos.

> La Sociología ignora eso de que el "Estado" sólo existe cuando y ahí donde los medios de coacción de la comunidad política son de hecho los más fuertes frente a los *demás* poderes. El "derecho canónico" es también derecho cuando entra en conflicto con el derecho "estatal", lo que siempre ha ocurrido y ocurrirá inevitablemente entre la Iglesia católica —y también las otras— y el Estado moderno. La *zadruga* eslava en Austria no sólo carecía de la garantía jurídica estatal, sino que incluso sus ordenamientos eran en parte contrarios al derecho oficial. Como el actuar consensual que la constituye posee para sus ordenamientos un propio aparato coactivo, estos ordenamientos representan un "derecho", que sólo en el caso de haber sido invocado el aparato coactivo estatal no fue reconocido por éste, sino quebrantado... Hablaremos de "orden jurídico" cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestas a manejarlo en caso de que se presente la situación; cuando, por tanto, existe una forma específica de socialización a los fines de la "coacción jurídica". No siempre fue el monopolio de la comunidad política la posesión de un aparato semejante para el empleo de la coacción física.[25]

No cabe duda que estas observaciones son certeras y señalan diversos hechos que no pueden ser desatendidos por la sociología. La jurisprudencia o ciencia del derecho positivo ha tenido la tendencia a ignorarlos. Para ello sólo está dado a su consideración aquello que puede construir inmanentemente de acuerdo con sus postulados normativos. Es decir, la ciencia del derecho, habiendo decidido el criterio con arreglo al cual considerará una máxima como formando parte integrante del orden jurídico objeto de su estudio, deberá rechazar como norma jurídica todas aquellas máximas que no satisfagan de un modo sistemático ese criterio. Dada a la ciencia jurídica sólo están las normas que ella puede determinar aplicando sus propios criterios sistemáticos Cualquier "norma" que no pueda de esa manera de determinar, será considerada como nula, absoluta o relativamente. Todo el problema jurídico de las nulidades se refiere a aquellas 'normas" que se encuentran en el límite del sistema, por no cumplir o sólo cumplir parcialmente con los requisitos de pertenencias al sistema normativo que

[25] Weber, Max, *op. cit., supra,* nota 1, p. 256.

la ciencia jurídica ha establecido. La nulidad es un criterio relativo de exclusión normativa. Hay máximas que simplemente no se les puede conceder normativa estatal.

Inversamente, dado un conjunto de máximas garantizadas con coacción física por un grupo de hombres especialmente dedicados a ello, los miembros pertenecientes a esta asociación de dominación considerarán como no obligatorias para ellos todas aquellas normas estatales que se encuentran en contradicción con los criterios normativos esenciales de pertenencias a su sistema particular. Ellos rechazarán como normativas las órdenes de los órganos del Estado y es claro que por estos órganos serán calificados de anarquistas. En otros términos, la pluralidad de ordenaciones coactivas es un hecho observable, del cual difícilmente pueden dar cuenta las ciencias dedicadas al estudio de las normas jurídicas. Más adelante volveremos sobre este tema.

## 14. *El concepto del monopolio de la coacción física*

Cuando Weber proporciona el concepto del Estado, hace una restricción en el concepto del derecho, por lo que se refiere al tipo de coacción que utiliza. La restricción consiste en que al Estado se le adscribe el monopolio de la coacción física. Por lo tanto, de su concepto se excluye el de la coacción psíquica, que fue incluida como uno de los elementos que participan en la determinación del concepto del derecho. Con ello, puede afirmarse que el Estado, si no idéntico con el concepto del derecho, es un tipo especial de orden normativo: aquel cuyo medio específico es el uso sistemático de la coacción física. Dice Weber: "El Estado, como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precidido, es una relación de *dominación* de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima." [26] Más adelante dice:

> . . . el Estado moderno es una asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas.[27]

[26] Weber, Max, *La política como vocación* (trad. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 84.

[27] *Idem*, p. 92.

El orden normativo de la asociación política en que consiste el Estado es, por lo visto, una especie del concepto del derecho. Kelsen dirá que su característica estriba en su alto grado de centralización, concepto que está implícito en las transcripciones de Weber. El Estado surge en el momento en que algunos o algún dirigente de una asociación política impide a todos los miembros de la comunidad en cuestión el uso de los medios por los que se puede ejercer la violencia, convirtiendo el uso de ella en un delito contra el cual reacciona haciendo uso de los medios cuyo uso a los demás ha prohibido. Reclama para sí la legitimidad del uso de la violencia física contra otros hombres: la violencia legítima se denomina "sanción".

## II. Teoría de Hans Kelsen

La exposición sumaria de esta doctrina se nos facilitará enormemente debido al camino que ya hemos recorrido hasta ahora. Es indudable que sin la teoría de Weber no sería posible entender la de Kelsen. Weber es uno de los autores que más han influido en su pensamiento. Él mismo ha dicho que la obra de Weber es el "rendimiento sociológico más significativo" desde la aparición de la obra de Simmel.[28] Como veremos enseguida, varios conceptos de la sociología comprensiva forman parte integrante de la obra del jurista vienés.

Por conveniencia expositiva, presentaremos el pensamiento de Kelsen a partir de las conclusiones de Weber, para que las diferencias y similitudes resalten con más claridad.[29] Contrapongamos ahora las concepciones de Weber y Kelsen en estos puntos centrales.

### 1. *El derecho entendido como orden normativo*

Kelsen también afirma que el derecho es un orden. Por orden entiende un conjunto de normas que guardan entre sí ciertas relaciones específicas. El derecho no es simplemente un conjunto de normas, sino un orden normativo. Este orden es concebido como la unidad de una pluralidad de normas y debe existir un fundamento para esta

[28] Kelsen, Hans, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Verlarg, Aalen, Scientia, 1962, p. 156. Le llama también "autor egregio" en Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legas Lacambra), Barcelona, Labor, 1934.

[29] Las conclusiones de Weber sobre el concepto del derecho están resumidas en la primera hoja de este ensayo.

unidad. Dice Kelsen: "Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas?" [30]

Por lo tanto, para Kelsen el derecho es una pluralidad de normas que guardan ciertas relaciones entre sí. El concepto de orden en Kelsen implica tres conceptos: el de norma, su pluralidad y una relación entre ellas.

Para Weber, la palabra "orden" significa algo distinto. El contenido de sentido de una relación social es un orden si "la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por 'máximas' que pueden ser señaladas".[31] Aunque el uso que de la palabra "orden" hacen nuestros autores, es distinto, sin embargo, creo yo, el origen del pensamiento de Kelsen está en Weber. Para comprobarlo, basta leer las dos primeras páginas de la *Teoría pura del derecho*. En ellas, para delimitar su campo de estudio, para definir su objeto de conocimiento, Kelsen parte de la descripción de actos reales, de situaciones existentes, comúnmente tenidas por jurídicas. El análisis de las mismas arroja como resultado que uno de sus elementos constitutivos es lo que constituye el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho.

> Si se analiza —dice— en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho —como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito— cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho.[32]

Esto es lo que, en la edición de 1946 de la *Teoría pura del derecho*, denominó "la norma como esquema de interpretación".

[30] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 201.
[31] Weber, Max, *op. cit., supra*, nota 1, p. 25.
[32] Kelsen, Hans, *op cit., supra*, nota 30, p. 15.

Dado lo anterior, Kelsen recurre a Weber para explicar su concepto de norma:

> Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan... Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien considerado por ella como traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital... Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio.[33]

Con lo anterior, Kelsen ha utilizado el concepto central de la sociología comprensiva: el concepto de "sentido subjetivo de una conducta". Adicionalmente ha establecido la contraposición de éste con el "sentido objetivo o jurídico de una conducta", el cual puede no ser coincidente con aquél. Es posible que el sentido subjetivo y el objetivo de un acto discrepen o, incluso, sean contradictorios. El propio Kelsen pone diversos ejemplos de esta posible discrepancia o contradicción. Es claro el ejemplo transcrito de la organización clandestina.

Lo que hace de este acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir, en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza— sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el actor puede ser interpreta-

[33] *Idem*, pp. 16-17.

do[34] según una norma. La norma funciona como esquema de interpretación.[35]

Tenemos, entonces, dos funciones específicas:

*a)* El sentido subjetivo, que un sujeto liga o agrega u otorga a su conducta.

*b)* El sentido objetivo que tiene una conducta, el cual se origina en la existencia de una norma que se refiere a ella en su contenido. La norma es la base, el fundamento, para atribuir sentido objetivo a una conducta. Al lector atento no escapará el hecho de que puede atribuirse un sentido objetivo a una conducta en virtud de la existencia de una norma que se refiere a ella con su contenido, la cual se ordena en un todo lógicamente correcto, para emplear la terminología de Weber. La construcción de este todo, de este conjunto lógicamente correcto, es una de las funciones de la jurisprudencia o ciencia del derecho.

Surge la pregunta: ¿de dónde proviene la norma? Dice Kelsen: "La norma que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma." [36]

En consecuencia, estos sentidos subjetivos de actos que otorgan sentido objetivo a otros actos, son las normas, y éstas constituyen el objeto de estudio de la ciencia del derecho. "El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen las características de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho)." [37]

Para Kelsen no existe un derecho que esté constituido por una norma aislada, pues su concepto de derecho es holista o, si se quiere, conjuntista. Para Kelsen, el derecho está constituido por una pluralidad de normas. Pero en esto hay un *petitio principii*. Si existe un sentido objetivo de un acto por virtud de una norma que se refiere a ese acto con su contenido, que a su vez, es el sentido subjetivo de otro acto y así sucesivamente, tendría que existir un *regresus ad infinitum*. Como nominalistas estrictos, debemos rechazarlo. Sin embargo, Kelsen tiene otra solución, que expondremos en el apartado 4.

[34] Vernengo traduce "explicitado".
[35] Kelsen, Hans, *op. cit., supra,* nota 30, p. 17.
[36] *Idem,* p. 18.
[37] *Ibidem.*

2. *El concepto de la coactividad específica*

Kelsen, contrariamente a Weber, atribuye al derecho una coactividad específica, no una coactividad difusa:

> Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas: o como pena o como ejecución... En la "pena" —considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad— trátase de la privación coactiva de la vida o la libertad; en la "ejecución", de la privación coactiva de valores patrimoniales. Sin embargo, ambas clases de actos coactivos no se distinguen única ni principalmente por el hecho externo en el cual se traducen, sino también por el fin que con ellos se persigue: talión (expansión) y prevención de la pena; reparación del daño (en el sentido amplio de la palabra) en la ejecución.[38]

Kelsen escoge de entre todo el ámbito posible de conductas coactivas, fundamentalmente aquellas que usan la fuerza física, que eso es lo que significa "coacción", para atribuírsela al derecho. En otros términos expresados, las sanciones que establece el derecho consisten en

> irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien: en el caso de la pena capital, la privación de la vida; en el caso de anteriores penas corporales, como el sacar los ojos o amputar una mano o la lengua, la privación del uso de un miembro del cuerpo; o la tortura: ocasionar sufrimientos corporales; en el caso de la pena de prisión: privar de la libertad; en el caso de las sanciones patrimoniales: la privación de valores patrimoniales, en especial, la propiedad. Pero también la privación de otros derechos puede ser impuesta como pena, así la privación del empleo o la pérdida de los derechos políticos.[39]

3. *El derecho como orden coactivo*

Para Weber, la coactividad es una garantía del orden, algo externo al orden mismo. Para Kelsen el derecho, como orden normativo, es un orden coactivo. Las sanciones que se ejecutarán coactivamente no son algo que sea ajeno o extraño al orden y que lo garantice. El orden

[38] Kelsen, Hans, *Der Soziologische...*, p. 62.
[39] Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, p. 123.

mismo es coactivo; él establece la sanción y la ejecución coactiva, *i. e.*, con el empleo de la fuerza física. Que el derecho sea un orden coactivo significa que regula el ejercicio de la coacción y, por ello, indirectamente obliga a aquellos sujetos que constituyen el posible objeto del acto coactivo, dispuesto por la norma misma. Debe entenderse claramente que un orden coactivo regula primariamente, directamente, la conducta de aquellos sujetos que, conforme al derecho, impondrán la sanción coactivamente. Sólo por virtud de que estos sujetos, es que puede afirmarse que éstos se encuentran obligados a ejecutar o llevar a cabo la conducta que es contraria a aquella que es la condición o el supuesto de la sanción.

Mientras que para Weber el derecho es un orden, en el sentido explicado, que regula la conducta humana imponiendo obligaciones a ciertos sujetos, orden cuya efectividad está garantizada por coacciones físicas o psíquicas, externa al orden, para Kelsen el derecho es un orden, entendido como conjunto de normas, que disponen el uso de la fuerza física para la ejecución de las sanciones previstas por él. La diferencia es radical. Sin embargo, en un momento dado, Weber se acercó a esta concepción, como puede verse en el apartado 14 del capítulo anterior, con el concepto de orden administrativo y orden regulador. Sin embargo, la distinción debe ser mantenida.

### 4. *El "cuadro administrativo" como órgano jurídico: identidad del derecho y el Estado*

En Weber no tanto el tipo de coacción, que para él puede ser física o psíquica, es el que determina que ciertas máximas puedan ser consideradas "orden jurídico", derecho, como el hecho de que un orden posea un cuadro administrativo instituido con la misión de obligar a la observancia del orden o de castigar su transgresión. Esta representación de un orden y un cuadro administrativo conduce directamente a la afirmación de la dualidad del derecho y el Estado, de su distinción esencial pero, también, de sus relaciones mutuas. No en vano Jellinek y Weber eran amigos.[40]

Contrariamente, Kelsen, con base en la representación de que el derecho es un orden coactivo, incluye dentro de la norma jurídica a la coacción, y consecuentemente, tiene que introducir el "cuadro administrativo" de Weber dentro de la norma jurídica. El derecho regula

[40] Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 28, pp. 22-23.

la conducta del cuadro administrativo encargado de la imposición de las sanciones, encargado del ejercicio de la coacción física y esta regulación es directa y constituye su objeto principal. Es la "norma primaria". Ésta estatuye la sanción, como consecuencia, teniendo como condición el acto ilícito. Con ello, éste *no* es considerado como un acto ajeno, violatorio, atentatorio, del derecho, como algo que lo rompe o lo destruye. Por el contrario, constituye una función normativa, que especifica cierta conducta de un sujeto como condición para que otro sujeto, órgano del Estado (miembro del cuadro administrativo o parte del aparato coactivo, en terminología de Weber) imponga al primero o a otro responsable, incluso coactivamente, una sanción.

> La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional— en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la libertad, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia.[41]

Expresado de otra manera: Un sujeto comete un acto ilícito en tanto que, en la norma jurídica, se haya establecido que otro sujeto, órgano del Estado, está facultado para ejecutar un acto coactivo contra el primero, para el caso de que compruebe que se ha cumplido la condición establecida en la norma, realizada por aquél.

Lo anterior es el fundamento para afirmar que lo que para Weber era una actuación externa al orden por parte de un cuadro administrativo, para Kelsen se convierte en algo interno, intrínseco al orden jurídico. Éste, como conjunto de normas jurídicas, contiene la regulación de la conducta del cuadro o aparato coactivo y, en consecuencia, el derecho aparece como conjunto de normas que regulan el ejercicio de la coacción por un conjunto de sujetos específicos, los órganos del Estado. El Estado como aparato coactivo se disuelve en el derecho, entendido como orden coactivo. Consustancial a este concepto es el de sujeto facultado para imponer la sanción. Las normas jurídicas, como "contenido de sentido", no se realizan por sí mismas, como si fueran fuerzas naturales. Toda ejecución de una norma es llevada a cabo por un sujeto o conjunto de sujetos. La ejecución de la sanción se encarga a ciertos individuos que reciben el nombre de órganos. El derecho

[41] Kelsen, Hans, *op. cit., supra,* nota 30, p. 126.

aparece, bajo esta perspectiva, como un orden positivo, es decir, como un conjunto de normas puestas, establecidas, producidas y ejecutadas por seres humanos. El derecho es un producto del hacer humano. Una manera especialmente adecuada de presentar esta positividad es la utilizada por Weber, con su concepto de "validez", el cual lo hace consistir en la orientación efectiva de la conducta humana por una máxima. Aquí es en donde reside la peculiaridad del pensamiento kelseniano: la de convertir todo problema relacionado con el derecho en algo intrínsecamente normativo. Ya hemos visto esta transformación con el ejercicio de la fuerza física por un aparato de coacción.

Ésta es la "semantización" de la que hablamos al inicio de este trabajo y que, en mi opinión, constituye la diferencia esencial entre el concepto del derecho de Weber y el de Kelsen. Esta semantización implica una transformación radical de la ciencia jurídica, pues elementos que eran considerados ajenos al derecho, quedan excluidos en éste, generándose con ello una gran cantidad de problemas que la ciencia jurídica debe resolver. El derecho no es sólo un conjunto de normas que imponen obligaciones, como parece contemplarlo Weber, con la garantía externa de un cuadro administrativo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente, a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de los actos de coacción. El derecho debe concebirse, entonces, como un orden coactivo y el llamado "acto antijurídico" debe formar parte del derecho, pues constituye la condición o el supuesto de la sanción. Con ello, el delito pierde su característica de ser algo ajeno al derecho, algo que lo ataca y lo intenta destruir, algo "anómico", para convertirse en el supuesto central de todo él, pues el acto coactivo se dirige contra el sujeto que realizó el delito u otros sujetos responsables por él.

Esta interiorización en el contenido de la norma de elementos que se consideraban ajenos al derecho, que nosotros hemos denominado "semantización", va aún más lejos. La teoría de Kelsen interioriza, semantiza, en el derecho su positividad. Introduce en el derecho lo que parece extraño a él: el acto productor de la norma, el acto del órgano jurídico y convierte al derecho en un conjunto de normas coactivas que regula su propia creación. Las normas jurídicas no sólo regulan la conducta humana a través del establecimiento de sanciones; también lo hacen estableciendo aquellas conductas que crean o producen a las normas jurídicas. Dichas normas establecen el proceso

de creación de otras normas jurídicas. El cuadro administrativo de Weber se transforma en las normas que disponen la conducta de dicho cuadro, cuya función central es la de producir y ejecutar las normas coactivas. La garantía externa del orden de Weber se convierte en la concepción de que el derecho es un orden dinámico de normas.

Dice Kelsen:

> Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden.[42]

Según las características de la norma fundamental se dejan distinguir dos tipos de órdenes normativos, según Kelsen:

a) los órdenes normativos estáticos; y
b) los órdenes normativos dinámicos.

> De acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. Dentro de un orden de la primera especie las normas son "válidas", lo cual significa que suponemos que los individuos cuyo comportamiento es regulado por ellas "deben" conducirse como el contenido de tales normas lo prescribe. Tal contenido posee una cualidad inmediatamente evidente que garantiza su validez o, en otros términos: las normas son válidas en virtud de su dignidad intrínseca. Las normas tienen tal cualidad en cuanto son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera en que lo particular es derivable de lo general.[43]

El sistema dinámico tiene otro carácter.

> El sistema de normas que llamamos orden jurídico es un sistema de naturaleza dinámica. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden

[42] *Idem*, p. 94.
[43] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1969, p. 131.

tener un contenido de cualquiera clase. No hay ninguna especie humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez... La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas. La ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas. Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico. Las normas especiales del orden jurídico no pueden ser derivadas lógicamente de la ley fundamental del mismo modo en que la norma: "ayuda a tu vecino en caso de necesidad" deriva del precepto: "ama a tu prójimo". Aquellas normas especiales tienen que ser creadas por un acto volitivo concreto, no inferidas de una premisa en virtud de una operación intelectual.[44]

La corrección y exactitud de esta caracterización puede apreciarse del hecho simple de que la norma coactiva, para ser completa, debe especificar el sujeto que ha de imponer la sanción al sujeto realizador del acto ilícito, en el caso de una norma concreta. Pero el derecho no es sólo una norma, sino una pluralidad de normas. Por ello el sentido de todas ellas es la *progresiva determinación de las condiciones y modalidades del ejercicio de la coacción* por parte de unos hombres en contra de otros hombres. Por ello, Kelsen formula su norma fundamental hipotética de esta manera:

Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en las que él hace delegación: tal es la formulación esquemática de la norma fundamental de un orden jurídico (en el sentido de un orden jurídico-estatal singular, del que aquí se habla, por lo pronto).[45]

Con este punto de vista puede verse cuál es el sentido, para Kelsen, de todas las disposiciones constitucionales y de un orden jurídico. To-

[44] *Idem.*, pp. 133-134.
[45] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Jorge G. Tejerina), Buenos Aires, Edit. Losada, p. 98.

das ellas establecen los requisitos, modalidades y maneras de ejercitar la coacción. Por ello, el proceso legislativo establecido en la Constitución debe entenderse como un ejemplo del establecimiento de las condiciones y requisitos que han de cumplirse para que la coacción física sea legítima, *i. e.*, regular, jurídicamente hablando. Estas condiciones o requisitos, cuando son vistos desde la perspectiva del ciudadano sometido al derecho, son calificados como derechos públicos subjetivos que entrañan limitaciones o restricciones a los órganos coactivos.

### 5. *La unidad y la unicidad del derecho*

Mientras que con la teoría de Weber tendría que afirmarse que existen una gran pluralidad de órdenes jurídicos, simultáneamente válidos, esto es imposible para Kelsen, precisamente por haberse planteado como problemática específica la de concebir al derecho como la *unidad de una pluralidad de normas coactivas, i. e.*, como orden dinámico de normas coactivas. Y ésta es, quizá, su gran hazaña teórica: haber podido mostrar cómo se puede formar un sistema, un orden, con una pluralidad de normas. Para lograrlo tuvo que restringir su consideración a las normas coactivas, *i. e.*, a una especie particular de normas. Dice Kelsen:

> El mundo de lo social en su totalidad, del cual el Estado no es más que una de sus partes, es un mundo del espíritu, un mundo de valores. Los distintos agregados sociales, como las comunidades religiosas, nacionales o de cualquiera otra índole, no pueden ser comprendidas en su legalidad autónoma más que como sistemas específicos de valor.[46]

Esto significa que constituyen diversos sistemas normativos.

> La idea de una Sociedad universal es el problema de una concepción universal del mundo y de los valores como síntesis de todos los sistemas normativos. Aquí puede quedar en suspenso el contestar a la cuestión acerca de si este problema es susceptible de solución, de si la Sociedad es posible en este sentido como unidad, pues una mera teoría del Estado limítase al conocimiento de un *sistema especial de normas que aspira a ser comprendido en sus leyes íntimas sin referencia a ningún otro sistema*,[47] puesto que surge con la pretensión de

[46] Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 28, p. 20.
[47] El énfasis ha sido agregado por el autor de este ensayo.

> valer como un sistema supremo, autárquico, por así decirlo, excluyente. Por eso, desde el punto de vista de la teoría del Estado —la cual ha de hacer honor a esta pretensión— no puede admitirse el problema de un conflicto entre el sistema normativo que constituye el Estado y los restantes sistemas, como el sistema de la moral o el de la religión.[48]

De este párrafo es importante destacar aquel pensamiento que ya está enfatizado en la parte subrayada. El derecho (o el Estado) es un sistema o conjunto particular de normas, que existe y es válido junto con otros órdenes normativos de naturaleza diferente. Éste es un hecho que la sociología no puede desconocer, aunque la teoría del derecho sí puede hacerlo, pues su interés central está dirigido al conocimiento y descripción de un conjunto específico de normas: las coactivas que constituyen un orden dinámico. Sin embargo, todos los otros órdenes normativos son válidos en el sentido weberiano, incluso con mayor intensidad que el derecho. Hablar de "intensidad" de la validez en este contexto se justifica por el concepto que de la validez de Weber:

> Y sólo hablaremos, b) de una "validez" de un orden, cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen *válidas* para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta.[49]

Debido a la evolución histórica, el conjunto de normas jurídicas ha obtenido un grado de especificidad (centralización) que ha hecho posible el intento teórico de Kelsen. Un problema diferente es la investigación de las causas sociales que han determinado tal especificidad o autonomía de las normas jurídicas. La coacción física debe tener un peso enorme en esa explicación sobre todo por lo que se refiere a los efectos inmediatos de los estímulos aversivos, que no otra cosa es toda coacción. El ejercicio de la violencia física constriñe y fuerza, con efectos inmediatos a la realización de una conducta. Las consideraciones de Skinner sobre la preferencia por el uso de los castigos como método de control de la conducta humana, son pertinentes en este problema.

[48] Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 28, p. 20.
[49] Weber, Max, *op. cit., supra, nota* 1, p. 25.

### 6. *El Estado posee el monopolio de la coacción física*

En esto coinciden plenamente Weber y Kelsen: el Estado posee el monopolio de la coacción física, pues es concebido como un orden jurídico relativamente centralizado, poseyendo ese monopolio. Es el punto más avanzado históricamente en la evolución hacia la centralización de los órdenes normativos.

## Bibliografía

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz Lacambra), Barcelona, Editorial Labor, 1934.

———, *Teoría pura del derecho* (trad. Jorge G. Tejerina), Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

———, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1969.

———, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

WEBER Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1981.

———, *La política como vocación* (trad. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1980.

SCHMILL, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería Manuel Porrúa, 1977.

# KELSEN Y LA SOCIOLOGÍA*

SUMARIO: I. *Premisa;* II. *La teoría pura del derecho y dos sociologías distintas;* III. *La toma de posición respecto a la sociología del derecho;* IV. *La toma de posición respecto a la sociología de la idea de justicia;* V. *Los límites de la teoría pura del derecho;* VI. *La contribución de Kelsen a los estudios sociológicos jurídicos.*

Renato TREVES

## I. PREMISA

Según una opinión muy difundida, Kelsen debería ser considerado como un adversario, un enemigo, de la sociología.[1] En este artículo sostendré una opinión muy diversa. Mi propósito es, en efecto, demostrar que Kelsen, en el esfuerzo de asegurar la pureza de su doctrina preservándola de las contaminaciones que provienen del tratamiento sociológico de una parte, y de la doctrina del derecho natural de la otra, ha proporcionado, por la negativa, contribuciones preciosas al estudio de los problemas sociológicos del derecho y de la justicia. Más precisamente, intentaré demostrar que Kelsen ha determinado y definido la naturaleza y el objeto de la sociología empírica del derecho con mayor exactitud que los padres fundadores de esta disciplina. Intentaré también explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estre-

* En este artículo se reproduce, con presentación y posiciones distintas, y con algunas diferencias de forma, el texto de la relación presentada en el Seminario Internacional acaecido en Roma del 29 al 31 de octubre de 1981, organizado por el Instituto de la Enciclopedia Italiano para recordar el centenario del nacimiento de Hans Kelsen. Dicha relación, con el título "Kelsen y la sociologia", será publicada por el mismo Instituto en un volumen que contendrá las contribuciones de todos los estudiosos invitados al seminario. El presente texto fue publicado en la revista *Sociologia del Diritto*, nº 3, 1981, con el título "Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen". Traducción de Óscar Correas.

[1] Ch. Eisenman, en el ensayo "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", observa que la mayor parte de los juristas y de los sociólogos que hablan de Kelsen como si lo conocieran "seriamente", dirían que "Kelsen es el antisociólogo, puesto que es el hombre del derecho puro, el jurista, el normativista puro", en el volumen Battiffol, Bobbio *et al., Méthode sociologique et droit*, Paris, Dalloz, 1958, p. 60.

chos vínculos que unen la doctrina del derecho natural con la sociología general (marxismo incluido), y señalando los errores comunes a ambos órdenes doctrinarios, avizora la conveniencia de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina de particular importancia para la política del derecho, una disciplina que evite aquellos errores y que, utilizando una expresión del mismo Kelsen, puede ser denominada "sociología de la idea de justicia".

## II. La teoría pura del derecho y dos sociologías distintas

En el prefacio a la segunda edición de su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Kelsen advierte al principio que ha procurado alcanzar la pureza de su propia teoría, "o, lo que es lo mismo, la autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico",[2] tomando posición sobre todo "contra la pretensión de un así llamado tratamiento sociológico que quiere ocuparse del derecho como de un pedazo de realidad natural sirviéndose del método científico causal". En las páginas que siguen al pasaje referido, y en toda la obra, explica, e ilustra después ampliamente, en qué consiste la distinción entre esta teoría pura del derecho y tratamiento sociológico del mismo. Destaca, ante todo, que se trata de una distinción de carácter prevalecientemente metodológico, entre método sociológico y método jurídico, en cuanto para él todas las ciencias sociales, incluida la ciencia jurídica, tienen un único objeto y se distinguen sólo por el método con que se estudian. Observa, además, que las leyes de las que se ocupa la teoría pura del derecho, en cuanto leyes de una disciplina normativa, como lo son también la ética, la lógica y la gramática, se refieren al deber ser *(sollen),* mientras que las leyes de las cuales se ocupa la sociología (y también la sociología del derecho), en cuanto leyes de una disciplina explicativa como lo son las ciencias naturales, se refieren al ser *(sein).* Precisa finalmente que las leyes que son objeto de la teoría pura del derecho son juicios hipotéticos fundados sobre el principio de la imputación y que las leyes objeto de las ciencias naturales son juicios explicativos fundados sobre el principio de causalidad.[3]

[2] H. Kelsen, *Hautprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen, Mohr, 1923, p. 111.

[3] Sobre el carácter metodológico de la distinción, *cfr.* Kelsen, *Hautprobleme,* cit., pp. III-XXIII .1-94, y también la conferencia del mismo, *Uber Grenzan zwiachen juristischer und soziologischer Methode,* Tübingen, Mohr, 1911, versión castellana en *Crítica jurídica.* En esta conferencia Kelsen dice, entre otras cosas, que las cien-

Además de haber dado estas indicaciones sobre la distinción entre teoría pura del derecho y sociología del derecho, en los mismos *Hauptprobleme*, Kelsen advierte que tal distinción, producida en el plano metodológico y en los precisos términos indicados, a pesar de la apariencia, es una distinción que se ubica en una determinada época histórica. Recuerda, en efecto, que originariamente, en los pueblos primitivos, se pensaba que el orden de la naturaleza estaba dirigido por una voluntad superior o divina a la cual los elementos de ese orden obedecían, así como "el ciudadano obedecía a las prescripciones del legislador". Recuerda después que, en época más reciente, "con la emancipación de las ciencias naturales de la imagen de la voluntad superior", advino una notable transformación del concepto de ley, de modo que hoy, "la ley natural de las disciplinas explicativas está en abierta oposición con las leyes jurídicas, con las éticas afines a ellas, con las gramaticales y estéticas de las disciplinas normativas y de la norma en sentido específico y restricto".[4]

Más de treinta años después de la publicación de los *Hauptprobleme*, en *Society and Nature*, una de sus grandes obras específicamente sociológicas, Kelsen retorna explícitamente sobre el argumento recién señalado, de tantos años antes, y se propone .

> la investigación, basándose en el material etnográfico, de cómo interpreta el hombre primitivo a la naturaleza que lo rodea, y de cómo, partiendo de los fundamentos de esta interpretación, especialmente del principio de retribución, se ha desarrollado la idea de causalidad y con ella el concepto moderno de naturaleza.[5]

En esta investigación, Kelsen explica ante todo cuándo y cómo ha sucedido este paso de la interpretación de la naturaleza fundada sobre el principio de retribución a la fundada sobre el principio de causalidad, y advierte también que, cuando se considera la crisis que el principio de causalidad atraviesa en el pensamiento científico moderno, se puede prever que la interpretación fundada sobre este último principio, así como ha tenido principio, podría también tener un final.[6]

cias sociales o ciencias del espíritu (como entonces se prefería llamarles), "están la una en contacto con la otra por su objeto, pero están separadas por el diverso modo de considerarlo".

[4] Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. 4-5.

[5] H. Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 2.

[6] *Ibidem*, pp. 383-403.

Kelsen observa, además, que la interpretación de la naturaleza fundada sobre el principio de retribución ha hecho aparecer la naturaleza "como la sociedad ideal, ya que era un orden absolutamente justo, en contraste con el cual, la sociedad humana parecía una copia imperfecta". "La idea de la naturaleza como la sociedad ideal se impone, dice, especialmente en la teología cristiana" y esto explica cómo, sobre la base del dualismo entre ordenamiento absoluto justo y su copia imperfecta y sobre la base de aquella teología, ha surgido la idea del derecho natural. Esta idea se coliga, esencialmente, en efecto, agrega, "a la idea de que la naturaleza es una creación de Dios, de que sus leyes son una expresión de la voluntad de Dios, y de que son, por tanto, normas", normas jurídicas cuyo verdadero contenido deriva del ordenamiento de la naturaleza.[7]

De estas últimas observaciones me parece que surge con claridad cómo Kelsen, que en los *Hautprobleme* había buscado distinguir la ciencia del derecho fundada sobre el principio de la imputación, de la sociología del derecho fundada, como las otras ciencias de la naturaleza, sobre el principio de causalidad, en su libro de treinta años después, ha llegado a distinguir la ciencia del derecho no sólo de la sociología del derecho entendida en el sentido indicado, sino también de una otra disciplina de tipo sociológico que puede ser denominada sociología de la idea de justicia; una disciplina que explica, por ejemplo, cómo de la concepción de la naturaleza entendida como sociedad ideal, ha surgido, en otra época, la doctrina del derecho natural y la idea de justicia en ella contenida. En el prefacio a la edición castellana de *Society and Nature,* reflexionando sobre el trabajo realizado y sobre las críticas dirigidas a la primera edición inglesa, Kelsen reconoce precisamente haber distinguido

> una teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que son las causas y efectos del hecho de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado, y especialmente, de una sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella en cuanto ideal.[8]

[7] *Ibidem,* pp. 407-408.

[8] *Ibidem,* prefacio. Este prefacio de indudable importancia no ha sido reproducido en las sucesivas ediciones inglesas y tampoco en la italiana. Una referencia análoga a la sociología del derecho y a la sociología de la idea de justicia se encuentra en Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado,* México, UNAM, 1969, versión castellana de Eduardo García Máynez, p. 207.

## III. La toma de posición respecto a la sociología del derecho

La *Sociologia del derecho* y la *Sociología de la idea de justicia*, consideradas y analizadas conjuntamente en la obra de la cual hemos hablado, son, por el contrario, examinadas y discutidas por Kelsen separadamente en escritos específicos dedicados a una u otra de estas disciplinas.

Por lo que respecta a la *Sociologia del derecho*, no se puede dejar de recordar que ha hecho su aparición en la confraternidad de juristas de lengua alemana en los mismos años en los cuales Kelsen publicaba su primera gran obra, Hermann Kantorowicz, que en 1906 había presentado el programa del movimiento del derecho libre, en 1910 pronunciaba su famosa conferencia sobre *Rechtwissenschaft und Rechtssoziologie*, en la cual afirmaba la existencia del estudio sociológico del derecho. La ciencia del derecho, decía, debe otorgar una mayor importancia de lo que hasta ahora ha otorgado a los hechos reales de la vida social, y no debe ser considerada como "una ciencia de palabras" que agota su actividad "en la interpretación literal de la norma jurídica, sino más bien como una ciencia valorativa (*Wertwissenschaft*) al servicio de los fines de la vida social".[9]

Tres años después de la conferencia de Kantorowicz, Eugen Ehrlich, que con él y antes que él, había sido sostenedor del movimiento del derecho libre, y que, con el ejemplo personal, había afirmado la exigencia de realizar investigaciones empíricas en el campo del derecho, publicaba precisamente en 1913, *Grudlegung der Sociologie des Rechts* (Fundamentos de la sociología del derecho). Y en este clásico libro suyo sentaba las bases de la sociología del derecho que también él calificaba de ciencia de hechos y no de palabras, y opinaba que debia ser considerada como teoría del derecho en sentido propio, diciendo textualmente:

> Desde el momento en que el derecho es un fenómeno social, toda especie de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia del derecho (*Rechtwissenschaf*), en el sentido propio del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad o, lo que es lo mismo, una parte de la sociología. La sociología del derecho,

[9] H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1º 1913), ahora en *id.*, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewahlte Schriften zur Wissenschaftlehre*, al cuidado de T. Würtenberger, Karlsruhe, 1962, p. 126.

por eso mismo, es la teoría científica (*wissenschaftliche Lehre*) del derecho.[10]

Es interesante recordar cómo Kelsen, siempre atento y empeñado en analizar y discutir críticamente las principales corrientes de pensamiento de su tiempo, había aprovechado la ocasión de estos escritos para rebatir y esclarecer su propio punto de vista en torno a la distinción entre ciencia del derecho, como ciencia del deber ser, y la sociología del derecho como ciencia del ser, polemizando viva y duramente con Kantorowicz, y especialmente con Ehrlich. Explica entonces cómo la sociología del derecho, entendida en el modo indicado, no pudiendo tener como base el concepto del derecho que es definido por la ciencia normativa del derecho (ciencia del deber ser), no consigue encontrar un criterio válido para separar el derecho de los otros conjuntos de reglas del actuar, ni para diferenciar el ordenamiento jurídico de los otros ordenamientos sociales, ni para afirmar la propia autonomía como sociología del derecho frente a la sociología de los otros fenómenos sociales. Expresa además su reserva sobre la preferencia que estos autores demuestran para con las ciencias que proceden sirviéndose del método inductivo ignorado, o casi, la importancia de un conocimiento científico basado en el método inductivo. Pone de manifiesto, en fin, análogas reservas sobre la tendencia a pasar de lo fáctico a lo normativo, de lo descriptivo a lo valorativo, como puede advertirse por ejemplo en Kantorowicz, allí donde afirma que la jurisprudencia es considerada "como una ciencia valorativa al servicio de la vida social", o en Ehrlich cuando dice que la regla del actuar social es una regla según la cual, "no sólo se actúa, sino que se debe actuar".[11]

[10] E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1º 1913), trad. italiana *I fondamenti della sociologia del diritto*, al cuidado de A. Febbrajo, Milano, Giuffrè 1976, p. 32.

[11] Kelsen criticó a Kantorowicz en la nota "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, pp. 601-607, y criticó a Ehrlich en un largo ensayo "Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, pp. 839-876. A este ensayo siguió una larga polémica entre los dos autores. Sobre la cuestión, *cfr.* A. Febbrajo, "Presentazione" a Ehlich en *I fondamenti...*, cit., pp. XXXIV-XXXIX; N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", en *Crítica Jurídica;* H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Aller, Freiburg, München, 1981, pp. 31-61; G. Robles Morchón, "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVIII, pp. 627-641.

Si Kelsen expresa su disenso respecto a estos autores que quieren sustituir la ciencia del derecho (ciencia del deber ser) por la sociología del derecho (ciencia del ser), por el contrario manifiesta su consenso con un otro autor que, contrariamente a los anteriores, distingue claramente el punto de vista jurídico del punto de vista sociológico en el estudio del derecho. Me refiero a Max Weber que, en los mismos años en los cuales Kelsen polemizaba con Kantorowicz y con Ehrlich, había escrito su *Rechtssoziologie*, que permanecería por largo tiempo inédita, y fuera publicada recién en 1922 como capítulo séptimo de la obra póstuma *Wirtschaft und Gesellschaft*.[12] Y reflexionando sobre esta obra, que entre 1922 y 1925 había sometido a un atento examen crítico,[13] Kelsen, muchos años más tarde, en la *General Theory of Law and State* de 1945, afirma haber encontrado en ella "el ensayo más afortunado de definición del objeto de la sociología del derecho". Transcribo el largo pasaje en el cual Kelsen, resumiendo el pensamiento de Weber, resume implícitamente también el propio sobre la cuestión. Kelsen cita antes que nada, las siguientes palabras de Weber:

> al referirnos al "derecho", al "orden jurídico", a la "regla del derecho", tenemos que observar estrictamente la distinción entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente válidas. Es decir... investiga la significación normativa que debe atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma jurídica. La sociología investiga lo que realmente acontece en una sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden.*

[12] M. Weber, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964, 6º

[13] Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1º 1921), 2º Mohr, Tübingen, 1928, cap. VIII, paragr. 27, pp. 156-170.

* N. del T.: Este pasaje corresponde al de la pág. 251 de la edición castellana citada de *Economía y sociedad*, FCE, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, 1981, y difiere ligeramente de la versión que aparece en la versión castellana de la obra citada de Kelsen, la cual, a su vez, coincide con la traducción al italiano que cita Treves. La versión castellana del texto de Weber es la siguiente: "Cuando se habla de 'derecho', 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué *sentido normativo* lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la activi-

Y luego de esta cita observa que, según la definición weberiana

> el objeto de la sociología del derecho es la conducta humana que el individuo actuante ha orientado hacia un orden que considera como "válido"; o dicho de otro modo: el individuo cuya conducta es el objeto de la sociología del derecho, considera ese orden en la misma forma en que la jurisprudencia normativa considera al derecho. Para poder ser objeto de una sociología jurídica, el comportamiento humano tiene que hallarse determinado por la idea de un orden válido.[14]

Considerando el problema de las relaciones entre la sociología del derecho de Kelsen y la de Weber, y teniendo también presente el pasaje citado más arriba, en un artículo dedicado especialmente al asunto, Norberto Bobbio observa ante todo que la distinción weberiana entre lo que es idealmente válido (validez ideal) y lo que acontece efectivamente (validez empírica) corresponde a la distinción kelseniana entre validez (entendida como validez ideal) y eficacia. Observa además que

> a pesar de la diferencia de terminología Weber y Kelsen concuerdan sobre un punto muy importante, que es en la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista, y de las dos esferas respectivas: la del ser y la del deber ser, sobre las cuales se colocan las dos ciencias; distinción que es negada y no reconocida por los máximos exponentes de la jurisprudencia sociológica.

Pero el acuerdo entre Kelsen y Weber, advierte Bobbio, "termina aquí". Kelsen no se limita, en efecto,

> a afirmar la existencia de dos puntos de vista contra los sociólogos que la niegan, sino que, respecto a los sociólogos, a diferencia de Weber, trastrueca completamente la relación entre los dos puntos de vista, sosteniendo la primacía, la prioridad, del punto de vista jurídico sobre el sociológico.

Y el argumento principal para sostener esta tesis en polémica con Weber reside, según Kelsen, en el hecho de que la sociología del de-

dada comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran *subjetivamente* como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica".

[14] Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 209.

recho sólo puede encontrar el criterio para distinguir los comportamientos jurídicos de los no jurídicos en la teoría del derecho.

> Solamente refiriendo el comportamiento humano al derecho como sistema de normas válidas, esto es, como es definido por la jurisprudencia normativa, dice Kelsen, la jurisprudencia sociológica puede delimitar su objeto específico del de la sociología general.[15]

En este parágrafo, en el cual he examinado la postura de Kelsen hacia la sociología del derecho, como se puede ver, he tenido especialmente presente la *General Theory* de 1945, que es la obra de carácter general en la cual nuestro autor se ocupa con más atención de la sociología del derecho, y sobre todo de la jurisprudencia sociológica norteamericana. Ésta es también la obra en la cual, retomando conceptos expresos de un ensayo poco anterior,[16] Kelsen admite una pluralidad de ciencias del derecho, entre las cuales se encuentra la sociología jurídica,[17] separándose así de la opinión implícita en un pasaje de las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre*, en la cual afirma que "no es específicamente el derecho lo que constituye el objeto" de la sociología del derecho, sino que constituyen este objeto solamente ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza.[18] Se ha dicho con razón, que esta diferencia de opiniones se debe al hecho de que el público al que se dirige la *General Theory*, distinto de aquel al que se dirige la *Reine Rechtslehre*, es un público de lectores formados "en la tradición y la atmósfera del *Common Law*", y por lo tanto más interesado y sensible a los problemas de la sociología del derecho. Pero con esto no se puede decir que la admisión de una pluralidad de ciencias jurídicas, entre las que se encuentra la sociología del derecho, constituya para Kelsen una novedad. Ya en los *Hautprobleme* Kelsen considera como posible esta pluralidad, afirmando, entre otras cosas, que "la tarea de los sociólogos es la de

[15] N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", cit. En la última frase citada, el autor se remite a Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 211.

[16] Kelsen, "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, LV 1941, pp. 44-70, trad. it. "La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica" in Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Ed. Einaudi, 1952, pp. 180-185.

[17] Kelsen, *Teoría general...*, cit. p. 192. Sobre el tema *cfr.* Ch. Eisenmann, "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", cit., especialmente pp. 66-73.

[18] Kelsen, *Lineamenti...*, cit.; *id.*, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, versión de Roberto J. Vernengo, p. 117.

comprender el derecho como una fuerza de hecho que domina a las masas; como un hecho de sociología de las masas".[19] En la crítica a Kantorowicz aparecida en el mismo periodo, Kelsen reconoce el interés que puede presentar para el jurista una sociología del derecho que examine la causa de las normas jurídicas en la sociedad en que vivimos.[20] Refiriéndose a la discusión con Stammler, que es casi de la misma época, Bobbio, en su artículo citado, advierte que Kelsen se propone "no dar más que un tratamiento formal de la norma jurídica", y observa que con ello deja entender "que se puede dar un tratamiento no formal del derecho, como es precisamente la sociología jurídica".[21]

## IV. La toma de posición respecto a la sociología de la idea de justicia

Al inicio de este artículo he manifestado el propósito de explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos lazos que unen la doctrina del derecho natural a la de la sociología general (marxismo incluido), y señalando los errores comunes en los que incurren estos dos distintos cuerpos doctrinarios, avizora la oportunidad de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina particularmente importante para la política del derecho una disciplina que evite esos errores y que puede ser denominada *Sociología de la idea de justicia.*

De acuerdo con este propósito, corresponde ahora explicar cómo Kelsen, poniendo de relieve los orígenes sociológicos de las doctrinas de los jusnaturalistas y la tendencia jusnaturalista de las doctrinas de los sociólogos, expresa, respecto de ambos, la misma valoración y la misma crítica.

En el libro *Society and Nature,* examinado más arriba, se ha visto que Kelsen pone en evidencia los orígenes sociológicos de la doctrina del derecho natural allí donde explica cómo de la interpretación animista de la naturaleza surgida del principio de retribución, ha nacido la idea de la naturaleza como sociedad ideal, y cómo de esta última deriva aquella de un derecho natural entendido como derecho absolutamente justo. Y volviendo sobre este argumento en obras más específicas, se puede ver cómo Kelsen explica con mayores detalles el he-

[19] Kelsen, *Hautprobleme...*, cit., p. 42.

[20] Kelsen, "Zur soziologie des Rechts...", cit., p. 602 y también W. Ebenstein, *Rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre,* Praga, Taussig, 1938, p. 53.

[21] N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", cit.

cho de que estas doctrinas, buscando deducir "de la naturaleza de la sociedad e incluso de la de las cosas, algunas reglas que ofrezcan una norma del todo adecuada al comportamiento humano", cometiendo diversos errores. Ante todo, el de partir del presupuesto "de la inmanencia del valor en la realidad natural; presupuesto inadmisible desde el punto de vista de la ciencia. Además el error de dar un salto, también inadmisible, del plano del ser al del deber ser". El valor, agrega textualmente,

> no es inmanente a lo real y por lo tanto no puede deducirse de él. El hecho de que algo es, no implica que deba ser o ser hecho, o que ni deba o ser o no ser hecho. El dato experimental de que los peces grandes se comen a los chicos no implica que el comportamiento de los peces sea bueno o malo. No hay ninguna ilación lógica entre ser y deber ser, entre la realidad natural y el valor moral o legal.[22]

Después de haber puesto de relieve los orígenes sociológicos de la doctrina de los jusnaturalistas, si se pasa a examinar la tendencia jusnaturalista de los sociólogos, se puede fácilmente comprender cómo para Kelsen la doctrina de estos últimos incurre en los mismos errores que los primeros. A este propósito es particularmente interesante leer el segundo capítulo de su libro de 1922, *Der Soziologische und juristische Staatsbegriff* (*El concepto sociológico y el concepto jurídico del Estado*), en el cual, examinando singularmente las doctrinas de Spencer, de Durkheim, de Tönnier y de otros sociólogos de su tiempo, Kelsen quiere poner en evidencia la tendencia jusnaturalista, o, como él dice, "normativa" de esas doctrinas.[23] Y con ello pone de relieve sus errores. Explica cómo estas doctrinas

> bajo la apariencia de una explicación causalista del acaecer real, creyendo destacar una ley natural, es decir, causal de la evolución, no hacían otra cosa que intentar fundar un sistema universal de valores y, por tanto, no eran en el fondo más que Ética, Teología o Derecho Natural.[24]

[22] Kelsen, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", en *The American Political Science Review*, XLII (1948), trad. it. "La dottrina del diritto naturale dinnanzi al tribunales della scienza", en el vol. *Kelsen, I fondamenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 339.

[23] Kelsen, *Der soziologische und der juristische...*, cit., cap. 2, "Die normative Tendenz der Soziologie", pp. 46-74.

[24] Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, 1979, Editora Nacional, versión de Luis Legaz y Lacambra, p. 21.

Muchos años después de la publicación de este libro, en un ensayo en el cual ha puesto y considerado bajo la misma etiqueta a jusnaturalistas y sociólogos, Kelsen, volviendo sobre el asunto, ha encontrado el modo de rebatir sus tesis. Ha puesto de relieve que las doctrinas sociológicas, bien que aparentemente contrarias a las del derecho natural, cometen los mismos errores de las doctrinas que entienden suplantar: el error de cumplir el paso ilegítimo de la explicación a la prescripción, de ser al deber ser, y el error de presentar juicios subjetivos de valor provenientes de la conciencia del individuo, como principios deducidos de la realidad natural y social, y teniendo, como tales, los caracteres de la objetividad y de lo absoluto. Después de un atento examen de las doctrinas de Comte y de Spencer, Kelsen pone también en evidencia, entre otras cosas, "el carácter jusnaturalista" de sus sociologías que consideran las leyes de la naturaleza como una norma social de valor universal y que, por ejemplo, "pone a Comte en situación de justificar un programa político altamente colectivo y a Spencer de justificar uno altamente individualista".[25]

No se puede no recordar que el mismo carácter jusnaturalista que Kelsen denuncia en las doctrinas clásicas de la sociología, lo pone de relieve también con respecto a la teoría de Marx que, conforme a esta característica suya, sigue sustancialmente el mismo método y comete el mismo error de las doctrinas jusnaturalistas. Escojo, entre muchos, dos pasajes de Kelsen muy significativos al respecto.

> El "socialismo científico" de Marx es una ciencia social cuyo único y exclusivo propósito es no concebir y describir la realidad social como efectivamente es, sin evaluarla, sino al contrario juzgarla de acuerdo con un valor que es previamente supuesto por esa ciencia pero engañosamente proyectado a la realidad social, con el objeto, abiertamente admitido, de conformarla con ese valor previamente supuesto.[26]

Como la doctrina jusnaturalista, presuponiendo que la justicia es inmanente a la realidad presentada como naturaleza, opina que

> es posible deducir de la naturaleza el derecho justo, es decir, natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia del derecho, la misión de descu-

[25] Kelsen, "La dottrina del diritto naturale dinanzi...", cit. p. 377.

[26] Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, EMECE Editores, 1957, versión de Alfredo J. Weiss, p. 75.

brir este derecho natural oculto de algún modo en la naturaleza, Marx afirma que se puede "hacer surgir" de la realidad social la justicia social del socialismo como "verdad social".[27]

Pero si bien Kelsen realiza la misma valoración y la misma crítica a las doctrinas jusnaturalistas y a las de los sociólogos, demuestra también darse cuenta de las exigencias a las que estas doctrinas intentan responder: la exigencia de una política del derecho interesada en los problemas de los fines y los valores. Y, dándose cuenta de esto, avizora la posibilidad de sustituir estas disciplinas por otra diversa que busque satisfacer la misma exigencia, pero que, apoyándose en un relativismo fundamental, evite el error del paso del ser al deber ser, y de la consecuente atribución de un valor absoluto al deber ser mismo.

Me refiero a la *Sociología de la idea de justicia* que, según lo que dice Kelsen en el ya citado prefacio a su *Society and Nature*, es una disciplina que desarrolla investigaciones "sobre la idea que determina efectivamente, o desde un punto de vista moral debería determinar, la formación de las normas que llamamos jurídicas", que analiza además la "función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que operan como causa de su comportamiento", que critica, en fin, la civilización y especialmente "la ideología que acompaña el curso de la civilización".[28] En otras obras, Kelsen afirma después que esta disciplina tiene "decisiva significación para la política jurídica",[29] y deja entender que debe desarrollarse en ese campo específico de la investigación que, en un campo más vasto, desarrollan la sociología del conocimiento y la sociología de los valores. Significativas, a mi parecer, son a este respecto, las bien conocidas consideraciones hechas por Kelsen sobre el sentimiento del derecho y sobre la doctrina del derecho natural, allí donde, por ejemplo, a propósito de las de este último, dice que ha tenido casi siempre una función conservadora, la de "sostener, justificar y hacer absoluto el derecho

[27] Kelsen, *Teoría comunista...*, cit., p. 42; *id.*, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI, versión de Alfonso García Ruiz, pp. 185 y 200 y ss.

N. de T.: En el original italiano de R. Treves, la última parte de este texto, dice: "así Marx afirma que la justicia del socialismo como justicia social puede venir desarrollada de la realidad social". O tal vez: "puede desarrollarse —obtenerse— a partir de la realidad social". Lo cual difiere algo de la versión castellana de la obra citada.

[28] Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, cit., pp. VII-XVI.

[29] Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 14.

positivo", y sólo en raros momentos de su historia milenaria ha cumplido, por el contrario, una función revolucionaria o, por lo menos, reformista, contestando el valor del derecho positivo, "y sosteniendo que éste está en contradicción con un orden absoluto presupuesto de algún modo".[30]

Está de más decir que, desarrollando investigaciones del tipo indicado, y haciendo de las consideraciones como la que he señalado, la *Sociología de la idea de justicia*, de la cual estamos hablando, no puede atribuir valor objetivo y absoluto a ninguna doctrina y debe reclamarse de una concepción relativista de los valores. Son significativas, a este propósito, las conclusiones a las que arriba Kelsen después de un amplio análisis de las normas de justicia y de los principios en ellas contenidos, conclusiones en las que afirma, entre otras cosas, que la justicia absoluta de la cual el mundo va en busca, es un ideal irracional, cuya fuente y realización

> deben ser transferidas de este mundo al del más allá, mientras que aquí sobre la tierra debe contentarse con una justicia sólo relativa como se puede ver en todo ordenamiento jurídico y en la situación de paz y de seguridad que cada uno de ellos asegura en mayor o menor medida.[31]

Afirmación esta que es evidentemente conforme con aquella teoría relativista de los valores a la cual él adhiere advirtiendo, de todos modos, que tal doctrina no sostiene "que no haya valores y, en especial, que no exista justicia"; sostiene en cambio

> que no hay valores absolutos, sino sólo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos.[32]

## V. Los límites de la teoría pura del derecho

Hasta aquí hemos considerado los esfuerzos de Kelsen por separar su teoría del derecho de la *Sociología jurídica* y de la *Sociología de*

[30] Kelsen, *Teoría generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità 1952, pp. 422-425 e *id. Lineamenti...*, cit., p. 59.

[31] Kelsen, *Das Problem der Gerechtgkeit*, Viena, Deuticke, 1960, trad. italiana *Il problema della giustizia* al cuidado de M. Losano, Torino, Einaudi, 1975, p. 66.

[32] Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 80.

*la idea de justicia*. Interesa ahora ver si estos esfuerzos han alcanzado su objetivo, si han tenido éxito en dar a su teoría aquella pureza a la que aspiraba. A tal fin, es oportuno examinar la obra en la cual Kelsen, en dos ediciones publicadas a muchos años de distancia la una de la otra, ha proporcionado la exposición sistemática de su doctrina: la *Reine Rechtslehre*.

Esta obra, en ambas ediciones, se abre con dos capítulos en los cuales el autor separa, en el modo y en los términos en que hemos hablado ampliamente, la teoría de derecho de la sociología jurídica por un lado, de la sociología de la idea de justicia por el otro. Así, él recuerda que la teoría pura, como ciencia normativa, no se confunde con la *Sociología del derecho* entendida como ciencia natural en cuanto esta última "no pone en relación los hechos concretos objetos de su análisis con normas válidas, sino con otros hechos concretos como causa y efecto".[33] Y tal teoría no se confunde tampoco con la *Sociología de la idea de justicia* que se ocupa de un problema que, como Kelsen dice, tiene "una decisiva significación para la política jurídica", pero que, "como problema valorativo, ocupa a una teoría jurídica que se limita a un análisis del derecho positivo como una realidad jurídica".[34]

Después de haber definido, en los dos primeros capítulos, la *Teoría del derecho* de lo exterior a ella, separándola de la *Sociología del derecho* de un lado y de la *Sociología de la idea de justicia* del otro, Kelsen, en los capítulos siguientes, procede a depurar la teoría en su mismo interior, tratando de individualizar la presencia de elementos sociológicos e ideológicos en los conceptos de la ciencia jurídica tradicional, y procediendo a una redefinición de la misma de modo de eliminar de ella esos elementos. Pone de relieve, por ejemplo, que en la concepción del derecho subjetivo entendido como un derecho diverso del derecho objetivo e independiente de aquél, se encuentra implícita la ideología burguesa enderezada a proteger la institución de la propiedad privada de una "supresión" de la misma por el orden jurídico".[35] Pone también de relieve que

> la atribución de un carácter absoluto a la contraposición entre derecho público y privado hace surgir la idea de que sólo el campo del derecho público, como lo es primero que todo el derecho constitu-

[33] Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 54 e *id.*, *Teoría pura...*, cit., p. 117.
[34] Kelsen, *Teoría pura...*, cit. p. 14.
[35] Kelsen, *Lineamenti...*, cit. p. 81.

cional y el administrativo, es el dominio de la soberanía de la que estaría excluido por el contrario el campo del derecho privado.[36]

Y después de haber destacado la presencia de elementos ideológicos en definiciones y distinciones como éstas, propias de la ciencia jurídica tradicional, Kelsen procede, como es notorio, a la redefinición de aquellos conceptos y de aquellas distinciones poniendo las bases de su teoría pura, que construye y presenta en su parte estética y en su parte dinámica.

No es este el lugar para detenerse a hablar de estas redefiniciones puesto que se trata de un tema muy conocido para los estudiosos; por el contrario, es oportuno ver si, como decimos, con esta afirmación operada no sólo con respecto a lo externo sino también en el interior, Kelsen ha alcanzado el objetivo que buscaba: el de anunciar, como él dice, "una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico natural".[37]

No es ciertamente un problema nuevo. En 1934, hace medio siglo, publiqué un ensayo en el cual después de haber examinado los escritos de Kelsen y la literatura crítica aparecida en ese momento, llegaba a la conclusión de que el objetivo a que tendía el autor, no había sido alcanzado completamente, en tanto que en su construcción formal, admirable por el rigor de método y precisión de lenguaje, eran fácilmente identificables algunos puntos en los que, contrariamente a los propósitos iniciales, la construcción misma se abría, y no podía no abrirse, hacia aquellos elementos sociológicos e ideológicos de los que se proponía prescindir.[38] Debo agregar que, después de tantos años, escribiendo el prefacio del libro de Mario Losano que tiene el significativo título de *Forma e Realta in Kelsen,* tengo que destacar que las tesis que sostenía en aquellos lejanos tiempos eran sustancialmente análogas a las sostenidas en este libro reciente y que los puntos de apertura de la teoría kelseniana hacia aquellos elementos de los que debería haber sido depurada, puntos de los cuales se hablaba y se habla ahora, eran sustancialmente los mismos a los puestos de relieve hoy por Losano y otros críticos de nuestro tiempo.[39]

[36] *Ibidem,* p. 136.

[37] *Ibidem,* p. 41.

[38] Me refiero a mi ensayo *Il diritto come relazione,* Istituto Giuridico dell'Università, Torino, 1934, especialmente cap. VI.

[39] M. Losano. *Forma e realta sociale,* Milano, Comunità, 1981, "Prefacio" de Renato Treves, p. 10.

Me refiero sobre todo al punto en que, en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen afirma que la validez, esto es, la específica existencia del orden jurídico, depende de su eficacia, esto es, "del hecho de que el comportamiento de los hombres a los cuales el orden jurídico se refiere corresponda a tal orden hasta un cierto grado".[40] Una afirmación de la cual en la segunda edición extiende el alcance diciendo que "no sólo la validez del orden como totalidad, sino que también la validez de la norma individual depende de su eficacia".[41] Me refiero además al punto en el cual Kelsen coloca en el vértice de la jerarquía de las normas a la norma fundamental, que no es concebida solamente como el principio que responde a la exigencia lógica de encerrar en un sistema unitario los distintos niveles normativos, sino también "como el principio que atribuye la validez normativa al simple hecho que determina la metamorfosis de la facticidad en normatividad y que establece por ello la unión del mundo del ser en el del deber ser".[42] Me refiero, en fin, al punto en que Kelsen habla de la interpretación, esto es, de aquel "procedimiento espiritual que acompaña al proceso de producción del derecho en su desarrollo de un grado superior a un grado inferior regulado por el superior",[43] punto en el que dice que el acto interpretativo no es solamente un acto de conocimiento, sin también un acto de voluntad y que el problema de la interpretación "no es un problema del conocimiento referido al derecho positivo, no es un problema de teoría del derecho, sino un problema de política jurídica".[44] He recordado esta última frase para mostrar cómo Kelsen no sólo se refiere aquí a los elementos sociológicos naturalistas, sino también a los elementos ideológicos. Deseo agregar que cuanto he destacado en este punto, puede serlo también en los otros dos puntos indicados, dado que en los comportamientos que actualizan o no actualizan la norma individual e incluso la norma fundamental, determinando la eficacia de las normas individuales de todo el ordenamiento, están implícitas las valoraciones que inspiran y mueven los comportamientos mismos.

[40] Kelsen, *Lineamenti...*, cit. p. 101.

[41] Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 244 y también p. 24.

[42] Esta indicación se encuentra en mi ensayo *Il diritto come relazione*, cit., p. 115, en el cual me remito a indicaciones análogas hechas precedentemente por Erich Kaufmann que hablaba precisamente de *Metamorphose des Factischen zum Normativen; cfr.* E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtohilosophie*, Tübingen, 1921, p. 32. Me referia también a la opinión expresa de H. Heller, "Die Krisis der Staatslehre", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, V. 1926, p. 208.

[43] Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 117.

[44] Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 353.

## VI. La contribución de Kelsen a los estudios sociológicos jurídicos

En el párrafo precedente he recordado que en mis escritos kelsenianos de hace medio siglo, siguiendo una opinión muy difundida entre los críticos de entonces, he sostenido una tesis análoga a la sostenida hoy poniendo en evidencia los límites de la teoría pura e individualizando los puntos en los cuales esta teoría se abre, y no puede abrirse, hacia aquellos actos sociales e ideologías políticas de los que se proponía prescindir. Debo ahora agregar que el espíritu con el cual he sostenido aquella tesis entonces, era no obstante muy diverso al espíritu con el cual la sostendré hoy. Entonces ponía de relieve, más que nada, la insuficiencia de un formalismo que a mi juicio no acertaba a lograr el grado de pureza al que aspiraba, y oponía al formalismo kelseniano el antiformalismo de Heller y de Leibholz al que me sentía particularmente próximo. Hoy, después de una larga experiencia en el campo de la sociología, además de reconocer, como lo hago ahora, por lo demás, la importancia de la contribución de Kelsen al estudio de la teoría y de la metodología del derecho, reconozco también la importancia de su contribución al estudio de las dos sociologías: la *Sociología del derecho* por un lado, y la *Sociología de la idea de justicia* por el otro; dos sociologías de las que trata de mantener separada la *Teoría pura del derecho*.

Veré ahora de indicar brevemente cuáles son las contribuciones que Kelsen ha proporcionado a aquellas dos sociologías, en negativo, por decirlo así; es decir, al tomar posición respecto de ambas.

Por lo que respecta a la sociología del derecho, no se puede dejar de destacar que ésta ha renacido después del fin de la guerra y se ha desarrollado en Norteamérica y en Europa esencialmente como disciplina empeñada en la investigación empírica, y por ello como disciplina sociológica que por propia naturaleza no puede ocupar el puesto de la ciencia formal del derecho, ni cumplir la función de la teoría científica del derecho. Y a partir de esto, es, a mi criterio, fácil obtener la conclusión de que los juristas antiformalistas adversarios de Kelsen, que como Ehrlich en tiempos pasados, habían auspiciado y promovido la creación de una sociología del derecho en condición de ocupar aquel puesto y de cumplir aquella función, estarán hoy desplazados. Así, frente a ellos, se puede decir que Kelsen ha tenido razón, pues distinguiendo netamente la ciencia del derecho de la sociología del derecho, ha definido con claridad la naturaleza de las investigaciones a las que

esta última disciplina se dedica hoy, y ha indicado con precisión, los temas de los que se ocupa:

> La sociología del derecho no pone en relación los hechos naturales que debe estudiar con las normas válidas, sino que establece una relación de causa y efecto entre éstos y otros hechos naturales. Se pregunta, por ejemplo, por qué determinada causa un legislador ha producido justamente éstas y no otras normas, y qué afectos han tenido sus disposiciones. Se pregunta de qué modo ciertos hechos económicos, ciertas ideas religiosas, influyen efectivamente sobre la actividad de los tribunales, por qué motivos los hombres conforman o no su comportamiento al orden jurídico.[45]

Es notorio el hecho de que el sociólogo del derecho que realiza investigaciones de la naturaleza indicada y sobre los temas indicados, no puede no preguntarse: ¿a qué se debe ello? ¿A qué fin tienden? Y siente por ello la exigencia de afrontar el problema de los fines y los valores. A este propósito, Kelsen ha tenido el mérito de avizorar la posibilidad de desarrollar una *Sociología de la idea de justicia* distinta de la *Teoría pura del derecho*, y de poner en evidencia el hecho de que esta sociología, que tiene una particular importancia para la política jurídica, debe apoyarse sobre un fundamental relativismo para evitar los errores de la doctrina del derecho natural y de la sociología general (marxismo incluido), los cuales cumplen el ilegítimo pasaje del ser al deber ser y atribuyen en consecuencia un valor absoluto al deber ser.

No se puede olvidar que en los años treinta el fundamental relativismo de Kelsen tenía un significado específico: el de coincidir sustancialmente con el relativismo de Mannheim, de Radbruch y de otros estudiosos que en aquellos años buscaban resistir en el plano intelectual la oleada nazi. Un discípulo de Kelsen, William Ebenstein, en un libro publicado en Praga en 1938, poco antes de que se trasladara a los Estados Unidos, aproximaba justamente Kelsen a Radbruch. Recordaba que para Radbruch, "relativismo significa renuncia a la justificación científica de las posturas últimas, y no renunciar a esas posturas", y después de haber destacado que Kelsen era de la misma opinión y sostenía las mismas tesis de Radbruch, ponía en evidencia "la grandeza moral" de aquellos dos estudiosos.[46]

[45] Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 54.
[46] Ebenstein, *Rechtsphilosophische Schule*, cit., p. 46.

El relativismo de Kelsen de los años treinta no es distinto del de los años sesenta y setenta en los cuales, desarrollando ampliamente su *Sociología de la idea de justicia* sobre una base fundamentalmente relativista, no ha renunciado jamás a la afirmación y a la defensa de su punto de vista personal: aquel por el cual, en la base de la relatividad de los valores sostenida por él, se encuentra y puede ser deducido el principio de la tolerancia, principio al cual está estrechamente unido aquel de la libertad y de la democracia, y en último análisis también aquel de la ciencia, puesto que, como él dice, "el alma de la ciencia es la tolerancia".[47]

[47] Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Deuticke, Viena, 1953, trad. italiana "Che cos'e la giustizia" en Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit. pp. 428-433, y también O. Weinberger, "Prefacio" a Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Boston, Reidel Company, 1973, pp. XXIV-XXV.

# BIBLIOGRAFÍA KELSENIANA *

Robert WALTER

## I. SOCIOLOGÍA

### 1. *Problemas centrales*

#### a) *Sociología del derecho*

1. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode [Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el método sociológico]. Ponencia presentada ante la Sociedad de Sociología de Viena. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, 64 pp. (No. 12).
2. Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen [Contribución a la sociología del derecho. Algunas consideraciones críticas]. Archiv für Sozialwissenchaft und Sozialpolitik, tomo 34, 1912, pp. 601-614 (No. 18).
3. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie [Una fundamentación de la sociología del derecho]. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 39, 1915, pp. 839-876 (No. 32).
4. Republik [República]. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 41, 1916, pp. 850-853 (No. 34).
5. Schlusswort [Conclusión]. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 42, 1916, p. 611 (No. 35).

#### b) *El concepto de Estado según la sociología y el derecho*

1. Sociologická a právnická ideo státni [La idea de Estado según la sociología y el derecho]. Traducción de Karel Englis. Sbornik ved právnich a státnich, tomo 14, 1913/1914, pp. 69-101 (No. 28).

* La presente bibliografía nos fue proporcionada por el Dr. Robert Walter, del Instituto Kelsen de Viena. Jean Hennequin tradujo los títulos de las obras reseñadas (N. E.).

2. Der Staatsbegriff der "verstehenden Soziologie" [El concepto de Estado de la "sociología comprensiva"]. Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik, Neue Folge, tomo 1, 1921, pp. 104-119 No. 61).
3. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht [El concepto de Estado según la sociología y el derecho. Una investigación crítica de las relaciones entre Estado y derecho]. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922. IV, 253 pp. (No. 68).
4. Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnides Staats [Estado y derecho. Acerca del problema del conocimiento sociológico o jurídico del Estado]. Vierteljahresschrift für Soziologie, Serie A: Soziologische Hefte, Año 2, 1922, pp. 18-37 (No. 69).

c) *Causalidad e imputación (retribución)*

1. Causality and Retribution [Causalidad y retribución]. Debía aparecer en The Journal of Unified Science (Conocimiento), tomo 9, 1939, pp. 234-240; pero debido a que este tomo no llegó a publicarse, el trabajo sólo es disponible como separata (No. 219).
2. Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip [El surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución]. The Journal of Unified Science (Conocimiento), tomo 8, 1939, pp. 69-130 (No. 220).
3. Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung [Retribución y causalidad. Una investigación sociológica]. The Hague: W. P. van Stockum; Chicago: The University of Chicago Press, 1941, XII, 542 pp. (Debido a las circunstancias políticas este libro sólo se publicó en la primavera de 1946, seis años después de su impresión) (No. 224).
4. Society and Nature. A Sociological Inquiry [Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica]. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, VIII, 391 pp. (No. 246).
5. Kausalität und Zurechnung [Causalidad e imputación]. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 6, 1954, pp. 125-151 (No. 312).
6. Kausalität und Zurechnung [Causalidad e imputación]. Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie, tomo 46, 1960, pp. 321-333 (No. 341).

d) *Otros*

1. Zur Soziologie del Demokratie [Contribución a la sociología de la democracia] Der österreichische Volkswirt, Año 19, Primera Parte, 1926, pp. 209-211, 239-242 (No. 121).
2. The Law as a Specific Social Technique [El derecho como técnica social específica]. The University of Chicago Law Review, tomo 9, 1941, pp. 75-97 (No. 230).

2. *Comentarios bibliográficos*

1. Comentario a: Menzel, A.: Naturrecht und Soziologie [Derecho natural y sociología]. Wien-Leipzig, 1912, Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, Año 5, 1913, pp. 225-229 (No. 19).

## II. Filosofía del derecho

1. *Problemática del derecho natural*

1. Die Idee des Naturrechtes [La idea del derecho natural]. Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 7, 1927/1928, pp. 221-250 (No. 132).
2. Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses [Derecho natural y derecho positivo. Una investigación de sus relaciones mutuas]. Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Año 2, 1927/1928, pp. 71-94 (No. 133).
3. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus [Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico]. Conferencias de filosofía, publicadas por la Kan-Gesellschaft, 31. Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 1928, 78 pp. (No. 137).
4. The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science [La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia]. The Western Political Quarterly, tomo 2, 1949, pp. 481-513 (No. 287).
5. A "Dynamic" Theory of Natural Law [Una teoría "dinámica" del derecho natural]. Louisiana Law Review, tomo 16, 1956, pp. 597-620 (No. 320).
6. Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. [La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico]. Traducción de Eugenio Bulygin.

Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, Cuaderno 4, pp. 7-45 No. 348).

7. Grundlage der Naturrechtslehre [El fundamento de la doctrina del derecho natural]. Die Neue Ordnung, Año 16, Cuaderno 5, 1962, pp. 321-327 (No. 351).
8. Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrechts in der politischen Theorie [El fundamento de la doctrina del derecho natural. El derecho natural en la teoría política]. Centro internacional para la investigación de cuestiones fundamentales en las ciencias, Salzburgo. Primer informe de investigación, publicado por Franz Martin Schmölz. Informe: pp. 1-37; discusión: pp. 118-131, 141, 144, 147-162. Wien: Springer-Verlag, 1963 (No. 355).

2. *Problemática de la justicia*

1. The Metamorphoses of the Idea of Justice. Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound [Las metamorfosis de la idea de justicia. Interpretaciones de las filosofías modernas del derecho. Ensayos en honor de Roscoe Pound], pp. 390-418, New York: Oxford University Press, 1947 (No. 272).
2. The Idea of Justice in the Holy Scriptures [La idea de justicia en las Santas Escrituras]. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, tomo 22, 1952/1953, pp. 1-63 (No. 305).
3. Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners "Gerechtigkeit" [La idea de justicia según las doctrinas de la teología cristiana. Un análisis crítico de la "Justicia" de Emil Brunner]. Studia Philosophica (Basel), tomo 13, 1953, pp. 157-200 (No. 307).
4. Was ist Gerechtigkeit? [¿Qué es la justicia?] Wien, F. Deuticke, 1953, IV, 47 pp. (No. 310).
5. Das Problem der Gerechtigkeit, in: Reine Rechtslehre [El problema de la justicia en Teoría pura del derecho]. Segunda edición totalmente reelaborada y ampliada. Wien, F. Deuticke, 1960, XII, 534 pp. (No. 343).

3. *Filosofía griega*

a) *Platón*

1. De gerechtigheid bij Plato [La justicia en Platón]. Utrechtsch Dagblad, No. 278, 24 nov. de 1931 (No. 174).

2. Die platonische Gerechtigkeit [La justicia platónica]. Kant-Studien, tomo 38, 1933, pp. 91-117 (No. 192).
3. Die platonische Liebe [El amor platónico]. Imago, tomo 19, 1933, pp. 39-98, 225-255 (No. 193).
4. Platon und die Naturrechtslehre [Platón y la doctrina del derecho natural]. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 8, 1957, pp. 1-43 (No. 328).
5. Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons [La ilusión de la justicia. Una investigación crítica de la filosofía social de Platón]. Obra póstuma publicada por Kurt Ringhofer y Robert Walter, por encargo del Hans Kelsen-Institut (No. 387).

b) *Aristóteles*

1. Die hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles [La política helénico-macedónica y la "Política" de Aristóteles]. Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 13, 1933, pp. 625-678 (No. 189).
2. What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science [¿Qué es la justicia? Justicia, derecho y política en el espejo de la ciencia]. Colección de ensayos.

   3. Aristotle's Doctrine of Justice [La doctrina aristotélica de la justicia], pp. 110-136, 380-384 (No. 329).
   Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957.

c) *Otros*

1. Politische Weltanschauung und Erziehung [Concepción política del mundo y educación]. Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, tomo 2, 1913, pp. 1-26 (No. 21).
2. L'âme et le droit [El alma y el derecho]. 1er. Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, pp. 60-82, Paris: Recueil Sirey, 1936 (No. 205).
3. Aristotle's Doctrine of Justice [La doctrina aristotélica de la justicia], pp. 110-136, 380-384 (No. 329).
   Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957.
4. Science and Politics [Ciencia y política]. The American Political Science Review, tomo 45, 1951, pp. 641-661 (No. 300).

# FORMA DE ESTADO Y VISIÓN DEL MUNDO *

Hans KELSEN

## I

A partir de la gran Revolución francesa, la democracia se convirtió en el ideal político del siglo diecinueve. Desde luego, no eran desdeñables las fuerzas que en el mundo occidental abogaban por la defensa del principio monárquico; eran, sin embargo, consideradas reaccionarias. El futuro estaba en la idea del Estado popular, idea que conquistó los corazones de todos los que creían en el progreso y deseaban un mayor desarrollo en la vida social. Era sobre todo la joven y pujante burguesía la que luchaba por esta idea.

En el siglo veinte —desde la Gran Guerra— las cosas cambiaron. Cierto es que, al principio, la guerra generó un considerable impulso hacia la realización del principio democrático. Los Estados de reciente creación adoptaron constituciones democráticas, y Alemania, uno de los últimos poderosos bastiones de la monarquía, se convirtió en República. Sin embargo, al mismo tiempo, con el establecimiento de la Unión Soviética en Rusia y del Estado fascista en Italia, se declara un nuevo movimiento espiritual y político que está en franca y vehemente oposición a la democracia. Aquel ideal primero se desvanece y en el oscuro horizonte de nuestra era nace un nuevo sol hacia el que convergen todas las esperanzas, no sólo de la burguesía, sino de una parte de las masas proletarias, esperanzas tanto más fervientes cuanto más cegadores son sus rayos: la dictadura.

No siendo este lugar para el apasionado clamor político sino para el mesurado tono de la ciencia, el presente ensayo no puede tener como objeto adoptar una decisión voluntaria entre estos dos ideales opuestos; nuestro propósito estriba en distinguirlos desde un punto de vista epistémico. No se trata de defender o atacar uno u otro tipo de

* *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933. (Tomado de *Essays in legal and moral philosophie*, Ed. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland/Boston, USA). Traducción del inglés de Gertrudis Payás.

estructura política y social como tal, sino de entender ambas, de comprender su naturaleza, lo que equivale, desde luego, a estudiarlas desde sus raíces. Ahora bien, para ello no basta con describir las circunstancias externas en las que se manifiestan característicamente los dos principios opuestos de organización: democracia y autocracia. Bástenos simplemente ver cómo toda la historia de la humanidad, como historia de la organización humana, no es sino una eterna lucha entre la ambición de un hombre por sujetar a los otros, los más, a su voluntad, y la lucha de ellos por liberarse del yugo ajeno y determinar su propio destino. Bástenos ver cómo en la historia del espíritu que acompaña el movimiento real de la historia, y de hecho en la realidad, las ideas e ideologías de los hombres pelean (en el aire, por así decirlo) por encima de los que luchan por el poder en el campo de batalla. Bástenos ver cómo, también en esa historia espiritual, la contienda acerca del valor de la democracia y la autocracia es igualmente indecisa; hay que empezar siempre de nuevo, se gana o se pierde, ora un bando, ora el otro. Una vez reconocido esto, tenderemos a pensar que el asunto de marras —por lo que hace a las partes contendientes, cuando menos— no es un simple problema de técnica social; que hay algo más que dos métodos diferentes de organización. Demasiado evidentes son los paralelismos entre las cuestiones políticas y las filosóficas para no creerlo así.

## II

Nada tiene de sorprendente que la teoría política o social y la ética estén íntimamente relacionadas. Inseparables en el fondo, una no es sino parte componente de la otra. Sin embargo, es más importante la amplia analogía que se establece entre los puntos de vista de la teoría social o política y los de la teoría del conocimiento. El meollo de todo razonamiento ético-político es la relación de sujeto dominante y objeto dominado, mientras que la preocupación de toda especulación epistemológica es la relación de sujeto conocedor con objeto conocido; y la tema central de la política. De ahí que, en ambos casos, exista *a priori* posesión del objeto, o el objeto se apodera del sujeto, se asemeja mucho, en un análisis más profundo, a la relación de dominación como tema central de la política. De ahí que, en ambos casos, exista a *priori* un número limitado de formas de presentar y resolver el problema, y de ahí la imposibilidad de reconciliar la oposición presente en ambos. De ahí que, en ambos, se dé una eterna repetición, una poco menos que monótona alternancia de los mismos teoremas, como si en

política y en filosofía —a diferencia de la ciencia y la tecnología— la mente humana estuviera obligada a moverse perpetuamente en círculo.

Entre la política y la filosofía, sin embargo, existe no sólo un paralelismo externo, sino también una conexión interior. Siendo una relación sujeto-objeto la que se encuentra en el centro de ambas, el carácter del sujeto politizante y filosofante, su cualidad original, tendrá una decisiva importancia para la conformación de la intuición que desarrolla este sujeto en cuanto a su relación con el objeto —tanto si lo es de dominio como de conocimiento—. La raíz común de la creencia política, como la de convicción filosófica, es siempre la estructura psíquica, el carácter del político o del filósofo, el tipo de ser que tiene, la forma en que este ser se experimenta en relación con el objeto, el "tú" o el "eso". Sólo si reconocemos aquí, en las particularidades de los hombres las bases que, en última instancia, determinan la conformación de sus sistemas políticos y filosóficos, podremos explicar lo irreconciliable de las oposiciones, la imposibilidad de una comprensión mutua completa, la emponzoñada violencia con la que se enfrentan estas antítesis, también desde el ámbito intelectual, como divergencias de opinión, y no como conflictos de poder en primera instancia. Una tipología de las doctrinas políticas y filosóficas debe culminar en una caracterología o, cuando menos, procurar una combinación con ésta. Tratándose del hombre mismo, que posee ciertas ideas acerca de su relación con su semejante y la forma de manejarla, al igual que con su relación con el mundo en general y la posibilidad de conocerlo, podemos suponer que una visión determinada de la vida y, en especial, una actitud política determinada, están relacionadas con una determinada visión del mundo que les corresponde. Ahora bien, como es el hombre —*no un libro bien concebido,* sino *el hombre con todas sus contradicciones*— en quien la voluntad práctica de conformar su vida se combina con una visión del mundo, debemos estar preparados para el hecho de que un ideal político determinado no siempre ni invariablemente tendrá relación con el punto de vista filosófico que le correspondería. Sería erróneo suponer que toda persona que tiene determinadas inclinaciones filosóficas, y especialmente epistemológicas, deba necesariamente poseer las convicciones políticas que se le adecuan. Sin embargo, hablando de la historia intelectual, puede darse una tal conexión, como mostraré para el caso de algunas mentes particularmente representativas. Hay que cuidarse no obstante, de no soslayar las poderosísimas fuerzas que destrozan esta conexión, que impiden que la visión política se encuentre con su homóloga filosófica, o viceversa. Al intentar descubrir las relaciones entre forma de esta-

do y visión del mundo, debemos recordar, ante todo, que la naturaleza del hombre es, en el fondo, irracional, luego ilógica, y que la voluntad del hombre tiene el poder de invertir el juicio que es contrario no sólo a las inclinaciones originales sino a los postulados de la coherencia. Debemos tomar en consideración las circunstancias externas que, si bien no han puesto ya límites a la especulación filosófica, pueden abolir o amenazar la libertad de opinión política. No hay que olvidar el hecho de que los juicios valorativos de carácter político, y en especial la decisión entre democracia y autocracia no suelen estar fundamentados en una seria investigación de los hechos ni en un escrupuloso autoexamen, sino que son producto de una situación momentánea o incluso una moda pasajera. Tampoco debemos subestimar una oscilación bastante regular, generada por el hecho de que cada régimen político apela inevitablemente a una oposición. Es de sobra evidente que en una democracia los descontentos estarán a favor de una autocracia, y viceversa. Pero, además, existen los descontentos —cosa justificable, tal vez— que están siempre en contra del ideal político existente y a favor de lo que en este momento no existe, o que dejó de existir. Muchos de los que, con profunda convicción, ven hoy en la democracia la raíz de todos los males, y que reivindican la dictadura, serían probablemente demócratas liberales en un Estado policial, habrían luchado en las barricadas en 1848 por los colores de la república alemana y hubieran estado en el mismo bando en 1948. Ahora bien, estos son los espíritus inferiores, cuya ausencia no haría cambiar mucho el panorama. Sin embargo, entre los superiores, la buscada conexión entre punto de vista político y filosófico a veces no se manifiesta, porque los filósofos no han desarrollado ningún sistema político, mientras que los políticos, pragmáticos o teóricos, no han llegado a un planteamiento conscientemente filosófico del problema.

Con estas salvedades es posible, pues, sostener que existe conexión entre una actitud política y una actitud filosófica.

Para poderla exponer, debemos empezar planteando la naturaleza esencial de las dos formas arquetípicas de estructura social, y ello en forma tal que muestre sus tipos ideales, las ideas de democracia y autocracia, como no se han realizado nunca en ningún lugar ni perfectamente, sino como debemos presuponerlas para poder entender la realidad política, acercándose ora a una idea, ora a la otra, Esta realidad presenta siempre una mescolanza de elementos pertenecientes a ambas; mezcla en la que unas veces sobresalen elementos de un tipo ideal, y otras los del otro.

## III

La idea de democracia es la idea de libertad como autodeterminación política. Se encuentra expresada en su forma relativamente más pura allí donde el orden estatal está directamente creado por quienes están a la vez sujetos a él, donde un pueblo, en asamblea de toda la población, acuerda las normas de su conducción. Constituye ya un debilitamiento de su principio de autonomía, precariamente disfrazado tras la ficción de representación, el hecho de que la asamblea popular esté reemplazada por un parlamento elegido por el pueblo —aunque haya sido elegido por el principio del sufragio universal— con lo que la autodeterminación se limita a la creación del órgano que dispone el orden gubernamental. Sin embargo, la naturaleza esencial de la democracia no se puede comprender únicamente a través de la idea de libertad. La idea de libertad, por sí sola, no puede formar la base de ningún orden social, cuya naturaleza esencial es la obligación, si determina el vínculo social, la comunidad, como única obligación normativa. El significado determinante del principio democrático es que el sujeto político quiera la libertad que se pretende, no sólo para él, sino para los demás; que el "yo" quiera libertad también para el "tú", porque percibe que el "tú" posee la misma naturaleza que él. De ahí que, para conformar la noción de una forma democrática de sociedad, la idea de libertad debe complementarse, y restringirse, con la idea de igualdad. Sólo en virtud de esta peculiar combinación de libertad e igualdad puede justificarse al principio de mayoría, tan característico de la democracia. El principio de unanimidad, que es totalmente acorde con la idea de libertad sola, haría imposible la formación de una voluntad común, y por tanto, de una comunidad, aunque, precisamente por la intrínseca igualdad del yo y el tú, la comunidad se siga imponiendo como objetivo. Así, pues, la reivindicación de libertad para todos debe ser reemplazada por el requerimiento de que sólo pueden ser libres tantos como sea posible, es decir, que en relación con la autodeterminación, la voluntad de tantos como sea posible debería estar en armonía con la voluntad común, y la voluntad de los menos posible en oposición. Pero, como todos son iguales y, por lo tanto, no se trata de si uno u otro deben o no ser libres, sino de que lo sean el mayor número, se alcanza el máximo de libertad requerido y el mínimo de sujeción si la voluntad común está determinada por las voluntades de la mayoría de los miembros de la comunidad.

Si nos preguntamos cuál es el tipo de carácter que corresponde a una tal actitud política, en la que el deseo de libertad está modificado

por el sentido de igualdad, la respuesta es, evidentemente, aquella persona en quien la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás, las experiencias del no-sí mismo, que su sí mismo sea incapaz de aceptar en quienes sienten como él que el tú quiera ser un sí mismo, y reconocido como tal. Es el tipo de personalidad cuya experiencia básica es el *Tat twan asi,* el hombre que, al mirar hacia el otro, oye una voz dentro de sí que le dice: ése eres tú. Este tipo de personalidad se reconoce de nuevo en el otro, experimenta al otro a priori, no como algo esencialmente ajeno, no como enemigo, sino como un igual y un amigo, y no se siente único, sin comparación y sin igual. En él, el sentimiento del yo está relativamente dominado; es el tipo de hombre comprensivo, pacífico, no agresivo, el tipo de hombre cuyos instintos primitivos de agresión están dirigidos no tanto hacia afuera como hacia adentro, y se expresan en una tendencia a la autocrítica y como inclinación a un sentimiento de culpa y de responsabilidad. No es tampoco tan paradójico como podría a primera vista parecer, que sea precisamente ese tipo de conciencia en sí mismo relativamente mitigada el que corresponda a una forma política caracterizada por una aminoración de la dominación. La actitud del sujeto ante el problema de la autoridad, el problema básico de la política, está fundamentalmente determinada por la intensidad con la que la voluntad de dominar opera en el individuo que la posee. Pero el individuo tiende a identificarse con una forma de Estado que lo incita, aun cuando se trate de un sujeto bajo una autoridad, a identificarse con el poder gobernante.

Cuanto más fuerte es esa voluntad de dominar, más pequeño es el valor que se da a la libertad. La negación absoluta de este valor, la superlativización de la dominación, es la idea de autocracia. En ella, la orden gubernamental procede de una sola persona, a la que todas las demás están subordinadas —y no participan bajo ningún concepto en la formación de la voluntad— y que se alza por encima de ellas, y contra ellas, como ente que, por ser único, es completamente distinto, como su señor y dirigente. La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de Estado, que corresponde, en el sentido caracterológico, al tipo de persona que posee una muy acentuada conciencia de sí misma. La incapacidad o el rechazo del reconocimiento del tú, como semejante al yo originalmente experimentado, no permite que la igualdad aparezca como un ideal para este tipo de persona, como

tampoco pueden la libertad y la paz figurar como valores políticos para ella, por su poderosa tendencia a la agresión y su intenso afán de poder. Una de las formas características de potenciar la conciencia de sí mismo es que el sujeto se identifique con su superego o ego ideal, y que el dictador revestido de poder irrestricto represente para él el ego ideal. No se trata en modo alguno de una contradicción y —psicológicamente hablando— no es sino lógico que precisamente este tipo de persona sea la más ávida de una estricta disciplina y una obediencia ciega, y que encuentre su felicidad tanto en obedecer órdenes como en darlas. Identificación con la autoridad: he ahí el secreto de la obediencia.

## IV

La democracia, con su limitación de la autoridad, implica también un relajamiento de la disciplina, ya que donde no existe en principio ningún dominio absoluto, tampoco existe el absoluto dominio de la mayoría. El gobierno de la mayoría se distingue de cualquier otro tipo de gobierno en que no sólo presupone conceptualmente una oposición —puesto que debe existir una minoría— sino en que la reconoce políticamente e incluso la protege, en la medida en que la democracia desarrolla instituciones por las que se garantiza un potencial mínimo de existencia y funcionamiento a grupos religiosos, nacionales y económicos, aunque sólo una minoría pertenezca a ellos, y precisamente porque se trata sólo de grupos minoritarios. A partir de la permanente tensión, que es inherente en la democracia, entre mayoría y minoría, surge el procedimiento dialéctico tan característico del proceso decisorio en esta forma de Estado. Democracia —se ha dicho con todo acierto— es discusión. Precisamente por ello, el resultado del proceso por el cual se forma la voluntad del Estado es la solución de compromiso. Al garantizar ésta la paz interna, la persona amante de la paz la prefiere antes que a un —finalmente posible— sometimiento del oponente por la fuerza. El principio vital de toda democracia, por lo tanto, no es, como se ha supuesto a veces, la libertad económica del liberalismo, porque puede darse tanto en una democracia socialista como en una libertal, sino más bien la libertad espiritual, la libertad de expresar opiniones, la libertad religiosa y de conciencia, el principio de tolerancia y, más especialmente, la libertad de la ciencia, conjugada con la creencia en su posible objetividad. Las constituciones de todas las democracias son testimonio de este espíritu. Esta actitud, especialmente respecto a la cien-

cia, corresponde plenamente al tipo de carácter que hemos descrito como el específicamente democrático. En el gran dilema entre el querer y el conocer, entre la ambición de dominio del mundo y el afán por conocerlo, la balanza se inclina más del lado del conocer que del querer, más del lado del comprender que del dominar; precisamente porque ahí el deseo de poder, la intensidad de la experiencia propia que en él se expresa, el valor que se da al sujeto, están relativamente atenuados, mientras que la crítica racional, y por lo tanto también la autocrítica, son relativamente fuertes, de lo que resulta que el valor del objeto está relativamente realzado, de tal modo que la creencia en una ciencia crítica y, por ende, objetiva, lo acompaña.

En la autocracia no hay oposición tolerable; en ella no hay discusión ni solución de compromiso, sino decretos. No puede, pues, ni hablarse de libertad de opinión, de creencia o de conciencia. El primado del querer sobre el conocer tiene como consecuencia que sólo lo que es bueno puede darse por verdadero; pero nadie sino la autoridad del Estado decide lo que es bueno. A ella deben supeditarse no sólo las voluntades sino también las opiniones y creencias de sus sujetos, de manra que todo aquel que oponga resistencia a esta autoridad no sólo se convierte en malhechor sino que además se considera que ha caído en error. De todo ello se deduce, evidentemente, que en este sistema político incluso la libertad de la ciencia debe —directa o indirectamente— ser abolida. En la medida en que la ciencia con sus descubrimientos no afecte en forma alguna los intereses de la clase gobernante, puede tolerarse sólo como herramienta útil para ella. Nada hay más característico de la inclinación hacia una actitud autocrática que el hecho de que la creencia en la posibilidad de una ciencia independiente de intereses políticos y, por lo tanto, merecedora de libertad, empiece a desaparecer —cuando el ideal de la objetividad del conocimiento es abandonado en favor de otros ideales. Tal giro suele ir de la mano con la preferencia por lo irracional sobre lo racional. En el inerradicable conflicto entre ciencia y religión, ésta reclama la primacía sobre aquélla.

## V

No obstante, el racionalismo de la democracia se muestra con particular claridad en el empeño por establecer el orden gubernamental como un sistema de normas generales preferentemente escritas y deliberadamente promulgadas, mediante las cuales cada acto jurídico o administrativo está determinado de forma tan extensiva como sea po-

sible, gracias a lo que se hace explicable. La democracia posee una tendencia inherente a trasladar el centro de gravedad de las funciones gubernamentales hacia la legislación —a convertirse en un gobierno de leyes. El ideal de legalidad desempeña un papel importante, así como la idea de que cada acto de Estado pueda justificarse racionalmente a través de su conformidad con la ley. La seguridad legal prima aquí sobre la justicia, que es considerada problemática; existe una mayor inclinación hacia el positivismo jurídico que hacia una teoría del derecho natural. La autocracia desdeña tales racionalizaciones del orden común. Evita siempre que puede el vínculo entre el gobernante y sus asistentes que —nombrados por él— funcionan sólo como segundones y sirvientes personales, no, como en la democracia, como órganos del Estado. El acto concreto del Estado se considera no como la ejecución previamente calculada de una ley que ya lo tenía previsto, sino como la creación libre e intuitiva del gobernante o sus organismos. Una de las máximas fundamentales de la autocracia es garantizar el aparato gubernamental, que se identifica con el gobernante, la más amplia libertad de discreción para su operación. Si llegan a promulgarse leyes, el gobernante posee la prerrogativa ilimitada de hacer todas las excepciones que le parezca para los casos concretos. Y cada manifestación de autoridad lleva consigo la pretensión de ser una realización de justicia; una justicia que no se expresa racionalmente en leyes universalmente válidas, sino que se manifiesta solamente en cada caso, adaptándose perfectamente a sus particularidades. Ser el único poseedor de esta justicia, como virtud, don y gracia divinas, es lo que constituye la cualidad inalienable del gobernante, la fuente legitimadora de su poder dictatorial. De ahí que todo sistema autocrático rechace la propuesta de que debería desarrollar un programa como hacen los sistemas democráticos racionales. Y si, en contra de su naturaleza, se ve obligado a presentar un programa, estará totalmente desprovisto de contenido, o lleno de contradicciones. Sin embargo, en respuesta a esta crítica, se arguye que el programa no contiene ni puede contener lo que realmente importa, porque el pulso de la vida no se puede aprehender ni regular mediante principios generales. Todo descansa en el acto concreto, en el misterio del *kairós* creativo.

Al estar preocupada por la seguridad jurídica y, por lo tanto, de la legitimidad y la responsabilidad en las acciones gubernamentales, existe en la democracia una fuerte inclinación hacia los mecanismos de control como garantía de la legalidad necesaria. Y el principio de

publicidad es por ello crucial como la más eficaz garantía. La tendencia a informar es típicamente democrática, y tienta al juicio superficial o malintencionado a suponer, prematuramente, que algunos delitos políticos, en especial la corrupción, son más usuales que en la autocracia, cuando la realidad es que son visibles porque prevalece el sistema opuesto de gobierno. Una ausencia de medidas de control, que no harían sino obstaculizar la marcha del Estado; en lugar de publicidad, un esfuerzo intensivo, en aras de la autoridad del Estado, por fomentar el temor, reforzar la disciplina oficial y la obediencia del sujeto; en una palabra: encubrimiento. Generalmente, en la democracia, el trasfondo racionalista y crítico está vinculado a una cierta hostilidad, o desagrado, por la ideología, mientras que la autocracia pone el mayor empeño en rodearse de ideologías místico-religiosas particulares, y de hecho actúa con mucha más severidad contra los intentos de intromisión con estas ideas, soportes de poder, que contra los ataques a sus intereses inmediatos de gobierno. La batalla en la que la democracia se impone a la autocracia es, en gran medida, dirigida por el llamamiento a la razón crítica como tribunal supremo contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma humana. Sin embargo, al no haber régimen que pueda prescindir del todo de las ideologías que lo justifican y glorifican, hasta las democracias o, más precisamente, los que en ellas poseen el poder, hacen uso de tales ideologías. Ahora bien, éstas son más racionales, más próximas a la realidad y, por lo tanto, más débiles que las de la autocracia que, por ser una forma de gobierno más intensiva, precisa un velo más tupido para encubrir su verdadera naturaleza. Desde luego, a veces la democracia recurre a aquellas ideologías a las que la autocracia debe, o cree que debe, el éxito de su régimen; por ejemplo, al afirmar que la voluntad de los gobernantes es una manifestación inmediata de la voluntad de Dios. Pero la presunción de que la voz del pueblo es la voz de Dios nunca ha sido realmente convincente. El carisma de un líder único puede hacerse llegar a las masas, pero no es directamente transferible a todos, a los muchos, a cada uno: es el autócrata el que pone de manifiesto la relación personalísima con lo absoluto, lo divino del que es mensajero, instrumento o sucesor. Si la democracia, con su profundo racionalismo medular, tuviera que intentar legitimarse por este medio, resultaría algo muy semejante a la fábula del asno con piel de león.

## VI

Esta diferencia entre democracia y autocracia se pone también de manifiesto en la diferente configuración del problema del liderazgo. En la ideología autocrática, el gobernante representa un valor absoluto. Por ser de origen divino o, cuando menos, estar revestido de poderes mágicos, sobrenaturales o racionalmente inexplicables, no figura como agente creado por la comunidad y, por ende, tampoco como capaz de creación a través de ella. Se le representa más bien como una fuerza situada fuera de la comunidad, y a través de la cual ésta se constituye y se cohesiona. De ahí que el origen, la vocación o la creación del gobernante no constituya en modo alguno una cuestión planteable o soluble por métodos de cognición racional. La realidad, a saber, la usurpación inevitable del puesto del gobernante mediante la fuerza, está deliberadamente envuelta en el mito del liderazgo. En el sistema democrático, no obstante, el problema de la creación de dirigentes se expone a la manifiesta luz de la reflexión racional. En él, el liderazgo representa un valor no absoluto, sino relativo. El gobernante figura como *gobernante* sólo durante determinado periodo y en determinados aspectos; en otros no se distingue de sus congéneres, y es susceptible de crítica. Del hecho de que, en una autocracia, el gobernante trascienda a la comunidad, mientras que en la democracia le es inmanente, se desprende que, en el primer caso, la persona que ejerce la función del liderazgo se considera por encima del orden social, y por lo tanto, no está obligado o bien —en términos ideológicos— sólo es responsable ante sí mismo o ante Dios; mientras que en la democracia, el gobernante está sujeto al orden social y, por lo tanto, está esencialmente obligado, es decir, es directamente responsable ante la comunidad. Al no ser el liderazgo una cualidad sobrenatural, pues en la democracia el gobernante se designa de una forma sumamente racional, por métodos controlables públicamente, es decir, mediante el voto, tampoco es posible que el liderazgo sea el monopolio permante de una sola persona. La publicidad, la crítica y la responsabilidad hacen imposible que un gobernante sea inamovible. La democracia se caracteriza por el hecho de un más o menos rápido relevo del liderazgo. Este decisivo aspecto la hace profundamente dinámica. Una corriente constante asciende de la comunidad de los gobernados hasta la posición del gobernante. La autocracia, por su parte, revela, a este respecto, una notoria característica estática: la tendencia a la rigidez en la relación entre gobernante y comunidad.

La democracia, en general, constituye un terreno desfavorable para el ideal de un gobernante, porque no favorece el principio de autoridad como tal. Y en la medida en que el arquetipo de toda autoridad es el padre, porque es la experiencia original de la autoridad, la democracia —en idea, claro está— es una sociedad huérfana de padre. Busca ser, en la medida de lo posible, una asociación de iguales sin gobernante. Su principio es la coordinación; su forma más primitiva, la relación de fraternidad matriarcal. Así, en el sentido más profundo que haya podido dársele, la democracia reside en la triple estrella de la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad. La autocracia, por su parte, es, en su más íntima naturaleza, una comunidad patriarcal. La categoría que mejor le corresponde es la de la relación de padre e hijo. Su estructura no es un orden de iguales, sino un orden superior e inferior, una división jerárquica. Por ello precisamente es fácil acreditarle una mayor vitalidad; y realmente da la impresión, desde el punto de vista histórico, de que las formas autocráticas de poder han ocupado mucho más espacio que las democráticas, que aparecen como interludios, por así decir, en el drama de la historia. Su aversión por la ideología hace que la democracia parezca menos capaz de resistencia que la autocracia, que destruye sin piedad a todo oponente dentro de su seno, mientras que la democracia, con sus principios de legalidad, tolerancia, libertad de opinión y protección de minorías, está virtualmente alimentando a sus propios enemigos. El que una forma de Estado, por sus mismos métodos decisorios —legalmente, pues— pueda abolirse a sí misma, es el paradójico privilegio que posee la democracia sobre la autocracia. El hecho de que la autocracia, al formar la voluntad directriz del Estado, no dé oportunidad alguna de compensación a las tendencias opositoras que aun en ella subsisten de alguna forma, constituye un grave elemento de peligro. En cuanto a técnica psicopolítica, los mecanismos de las instituciones democráticas buscan, en efecto, elevar las preferencias políticas de las masas, y especialmente de los grupos de oposición, por encima del umbral de la conciencia social permitiendo, de esta forma, la realización de un psicodrama. En la autocracia, al contrario, el equilibrio social descansa en la represión de las preferencias políticas dentro de un ámbito que puede compararse al inconsciente de la psicología individual. Podemos dejar sin precisar cuál es la técnica mejor calculada para asegurar a la forma-Estado contra la rebelión revolucionaria.

## VII

Al estilo de política interna que hemos descrito hasta aquí le corresponde también una actitud determinada en materia política exterior. El estilo democrático muestra una clara inclinación hacia un ideal de pacifismo; el autocrático, hacia el imperialismo. No es que las democracias no se hayan lanzado a guerras de conquista; pero su disposición a hacerlo es mucho menor, y los obstáculos internos que debe salvar son mucho más grandes que en el caso de la autocracia. De ahí que también exista una especial propensión a justificar las medidas de política exterior por una ideología racional y pacifista: no hay que olvidar presentar la guerra en la que se está involucrado como una guerra defensiva —máscara que no es para nada necesaria en el caso heroico de la autocracia. Cuando no, se declara que el objetivo de la guerra es el establecimiento de la paz mediante una organización mundial que posea todos los rasgos de una democracia: una comunidad de Estados con iguales derechos, bajo un tribunal por todos aceptado para la solución de conflictos, de ser posible, un tribunal mundial, como un primer paso en la evolución hacia un Estado mundial. Este concepto no sólo carece de validez política para una óptica autocrítica e imperialista, sino que, por la espantosa reducción y debilitamiento de las diferencias nacionales que lleva consigo, implica, efectivamente, el desmoronamiento de la cultura.

## VIII

La idea de las relaciones exteriores del Estado ilustra de forma particularmente clara los diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del Estado que se desarrollan en el tipo de carácter demócrata y autócrata. Este último, el del hombre que posee una pronunciada conciencia de sí mismo, que se identifica con el poderoso autócrata, encuentra su contraparte perfecta en la doctrina según la cual el Estado es una realidad supraindividual, en cierta forma, colectiva, fundamentalmente distinta de la masa o la suma de individuos, una entidad mística y, como tal, ser supremo y realización de un valor absoluto. Es el concepto de soberanía el que, en este caso, conlleva la absolutización e incluso la deificación del Estado, que está enteramente representado en el gobernante soberano. Esta teoría del Estado se expresa típicamente en la célebre frase: *l'état c'est moi.* Así como, en este caso, el conocimiento del mundo procede del sí

mismo soberano, su especulación política parte de su Estado soberano. Fundamenta, pues, la existencia de otros estados, y la validez del orden que rige su conducta hacia ellos, en la voluntad de su Estado soberano, por ser, como tal, la voluntad suprema en la esfera social. Se trata de la doctrina según la cual, en primer lugar, el derecho internacional es válido para mi Estado sólo en la medida en que éste lo reconozca para sí y, en segundo lugar, que sólo se toma como sujeto de este derecho a otro Estado en la medida en que mi Estado le reconozca esta capacidad. Así pues, el derecho internacional no figura como un orden jurídico que esté por encima de estados particulares, ya que esto sería incompatible con la noción de soberanía. Más aún, se le reconoce su carácter de ley sólo como componente, voluntariamente aceptado, del propio orden gubernamental, que de esta forma se extiende también sobre las comunidades jurídicas de otros estados —desde luego, no en términos de jurisdicción material y territorial, sino como argumento formal de validez; por decirlo de alguna manera, el universo jurídico como idea y voluntad del Estado-sí mismo absoluto.

Esta óptica es diametralmente opuesta a la que contempla al Estado no como una entidad supraempírica, distinta de la suma de sus miembros y, por ende, más allá de toda aprehensión racional, sino sencillamente como un orden ideal de la conducta recíproca de los individuos. Esta no concibe al Estado como algo que existe por encima de sus súbditos, dominándolos, como una entidad que domina a los hombres y que es, por lo tanto, esencialmente diferente de ellos, sino que una parte de la suposición de que son los hombres quienes componen el Estado; que, como orden particular de la conducta humana, el Estado no existe fuera ni por encima de los hombres, sino dentro y a través de ellos. La teoría política de este tipo de persona puede resumirse en estas palabras: *l'état, c'est nous*. La tendencia de esta óptica va dirigida a relativizar, no a absolutizar, al Estado. Hace a un lado el concepto de soberanía como la ideología de aspiraciones determinadas al poder gubernamental, eliminando así el principal obstáculo que impide ver que, por encima de los estados, existe, o puede existir, un derecho internacional que los delimita jurídicamente en sus jurisdicciones territoriales y personales, estableciendo así, y como primer paso, una coordinación entre estados. Se reconoce al Estado como entidad jurídica, si bien no absolutamente suprema; más bien como escalón intermedio en el orden jurídico. Partiendo de la comunidad universal del derecho internacional, y por

medio del Estado, se desarrolla una secuencia continua de estructuras jurídicas que se desvanecen gradualmente una dentro de otra hasta las comunidades jurídicas incorporadas a éste.

Al tender a alejarse de la ideología y acercarse al conocimiento objetivo, libre de valores, relativizando toda antítesis supuestamente absoluta, las doctrinas jurídicas, políticas y sociales del hombre democrático se presentan simplemente como una teoría científica de la sociedad, mientras que al autocrático le corresponde un tratamiento político-religioso, fundamentalmente teológico, del problema de la sociedad como objeto del conocimiento. Sólo el demócrata tiene la capacidad y, lo que es aún más importante, la inclinación a emitir un juicio objetivo sobre la forma de Estado que le es apropiada. En esta fuerza científica reside su debilidad política.

En la medida en que el contraste entre formas de Estado puede reducirse a un contraste entre actitudes mentales de personas, la antítesis entre una mentalidad puramente científica, orientada únicamente hacia el conocimiento como valor, y una óptica política que coloca otros valores, como los sociales, por encima del conocimiento, deberá también vincularse al antagonismo entre democracia y autocracia. Entonces, no es tan paradójico que sobre el terreno de la democracia puede florecer una verdadera ciencia del Estado, y no en la autocracia, donde puede tan sólo desarrollarse una ideología del Estado; y que una persona íntimamente más inclinada hacia la democracia que hacia la autocracia tendrá una más firme disposición hacia una óptica puramente científica del derecho, el Estado y la sociedad, que aquella cuyo carácter la inclina hacia la autocracia y, por lo tanto, hacia lo que, desde un principio, es un punto de vista ideológico.

## IX

En estas dos teorías antagónicas del Estado va apareciendo con indiscutible claridad la disparidad de visiones del mundo en la que tiene finalmente sus raíces el conflicto de convicciones políticas. Y esta disparidad proviene de su actitud frente a lo absoluto, pues de lo que se trata es de creer en un valor absoluto, y por lo tanto, en una verdad y realidad absolutas, o de aceptar que sólo valores relativos y, por lo tanto, verdad y realidad relativas, son accesibles para el conocimiento humano. La creencia en lo absoluto, profundamente arraigada en el sentir, genera como presupuesto una visión metafísica del mundo. El rechazo de este presupuesto por parte del entendi-

miento, el criterio de que sólo hay valores relativos y, por lo tanto, sólo verdades relativas, de modo que todo valor y toda verdad, al igual que el hombre que las descubre, deben estar siempre dispuestas a retirarse y dejar el lugar a otras, desemboca en una óptica del mundo crítica, positivista y empirista, entendiéndose por estos términos aquella escuela de la filosofía y la ciencia que parte de lo positivo, es decir, de lo dado, de lo que los sentidos y el entendimiento pueden aprehender, que parte de la cambiante y siempre variable experiencia y que, por consiguiente, rechaza la suposición de un absoluto que trascienda a esta experiencia. Esta disparidad en formas de ver el mundo corresponde a una oposición en actitudes políticas fundamentales. La óptica metafísica y absolutista está afiliada a la posición autocrática, la óptica crítica y relativista o científica, a la democrática.

Lo cierto es que todos los grandes metafísicos se han declarado en contra de la democracia y en favor de la autocracia, y los filósofos que se han manifestado a favor de la democracia se han inclinado casi siempre hacia una visión empirista y relativista. Así, en la antigüedad encontramos a los sofistas que, fortalecidos por los avances en las ciencias empíricas, combinan una visión profundamente relativista en el ámbito de la teoría social con unas inclinaciones democráticas. Protágoras, el fundador de esta escuela, enseña que el hombre es la medida de todas las cosas, y Eurípides, su poeta, exalta la democracia y la paz. Pero Platón, en quien la metafísica religiosa se alza contra el racionalismo de la Ilustración, que responde a Protágoras declarando que Dios es la medida de todas las cosas, habla con absoluto desprecio de la democracia y se erige no sólo como admirador, sino como militante de la dictadura.

En la Edad Media, la metafísica de la cristiandad está de por sí vinculada a la convicción de que la monarquía, como imagen del gobierno divino del mundo, es la mejor forma de Estado. Puede citarse a Tomás de Aquino como uno de los principales testimonios de ello. Es evidente su influencia sobre la célebre obra de Dante: *De Monarchia*. Marsilio de Padua, quien, junto con Juan de Jandun, escribió el *Defensor Pacis*, obra que desarrolla, si no por vez primera en la Edad Media, cuando menos con claridad nunca antes lograda, la idea democrática de la soberanía del pueblo, era médico de profesión, y un gran investigador de la naturaleza, y su colaborador fue uno de los seguidores de Averroes quien, con su doctrina de la eternidad del mundo y del movimiento y su óptica profundamente científica, se sitúa en franca oposición a la metafísica cristiana. Ahora

bien, por encima de todos ellos, debemos citar a Nicolás de Cusa ya que, como escéptico metafísico —orientado fundamentalmente también hacia las ciencias naturales— enseña que lo absoluto no es susceptible de ser conocido; para él, el conocimiento de lo infinito se convierte en el conocimiento infinito de lo finito. Se entrega —*concordantia oppositorum*— a resolver y diluir todas las oposiciones que hay en el mundo; busca la solución de compromiso. Ante todo, hubiera querido ver a judíos y mahometanos unidos en una religión tolerante de la razón, por encima de las diferencias entre cultos religiosos. De ahí que se acerque a las fronteras de un panteísmo antimetafísico. ¿Podemos, pues, extrañarnos de que esté políticamente a favor de la democracia y abogue por la libertad e igualdad humanas? En Spinoza, su panteísmo profundamente antimetafísico, de orientación científica está también vinculado a una declarada preferencia por el principio democrático. Por otra parte, Leibniz, el metafísico por excelencia, es un defensor de la monarquía. La actitud dubitativa de Kant ante la cuestión fundamental, impide un diagnóstico no ambiguo, sea en lo filosófico, sea en lo político. Cabe sólo decir que, en la misma medida en que lucha contra la metafísica, manifiesta su simpatía por el ideal democrático de la Revolución francesa. La postura de Hegel, el más grande de todos los metafísicos alemanes, es igualmente inequívoca. No es sólo el filósofo del espíritu absoluto, sino que lo es también de la monarquía absoluta.

Fue precisamente el espíritu de esta filosofía el que dio el famoso lema: "Autoridad, no mayoría." Ciertamente, si se cree en la existencia de lo absoluto, lo cual significa, sin embargo y por encima de todo, en la existencia del bien absoluto, ¿qué cosa hay más carente de sentido que emitir un voto acerca de ello y dejar que la mayoría decida? Frente a esta autoridad suprema, a este bien absoluto, ¿qué más puede haber sino obediencia de aquellos a quienes lleva la salvación, una obediencia incondicional y llena de gratitud hacia quien, por poseer el bien absoluto, lo sabe y lo quiere? Sin embargo, esta obediencia puede depender de la convicción de que quien posee la autoridad de gobernante posee también el bien absoluto, sólo en la medida en que niegue el conocimiento de éste a la mayoría de los gobernados. Pero si sostenemos que la verdad y el valor absoluto son incomprensibles para el ser humano, deberíamos por lo menos considerar posible no sólo nuestra propia opinión, sino también la del otro, la opuesta. Por ello el relativismo es la visión del mundo presupuesta en la idea democrática. La democracia asigna igual valor a la voluntad

política de cada uno, y muestra igual respeto para cada convicción y opinión políticas. Por lo tanto, da a cada convicción política la oportunidad de expresarse y de atraer adeptos en una libre competencia por las mentes de los hombres. Por esta razón el procedimiento dialéctico que se despliega en el toma y daca de la discusión en una asamblea popular o parlamentaria, es tan específicamente democrático. Por esta razón el gobierno de la mayoría, tan característico de la democracia, no es posible sin una minoría opositora, y de ahí que la democracia, por su misma naturaleza, deba proteger a esta minoría. Por ello, la política de la democracia es necesariamente una política de soluciones intermedias, tanto así que nada hay más característico de una visión del mundo relativista que la tendencia a buscar un término medio entre dos posturas opuestas, ninguna de las cuales puede ser objeto de única y exclusiva posesión por parte de alguien, en absoluta negación de la contraria. La relatividad de los valores postulados por una determinada profesión de fe política, la imposibilidad de arrogarse la validez de un programa o ideal político —sea cual fuere el grado de entrega subjetiva o convicción personal— obliga forzosamente a rechazar el absolutismo político, sea el absolutismo de un monarca, de un dictador, de una casta sacerdotal o guerrera, una clase o un partido. Pero el que puede apelar, en su voluntad y actuación política, a una inspiración divina o una iluminación del cielo, puede sentirse con el derecho de cerrar sus oídos a la voz del hombre e imponer su voluntad, como voluntad del bien absoluto, aun contra la mayoría, aun contra un mundo de personas que son infieles o víctimas de engaño, porque su voluntad es diferente. Esta es la postura de Derecho Divino que sostiene una autocracia y que en el último siglo se ha convertido en el blanco de ataque de todo aquel que aboga por la libertad intelectual, por una ciencia libre de dogmas, basada en la comprensión humana y la duda crítica, todo aquel que políticamente está en favor de la democracia. Quien confía solamente en la sabiduría terrena y permite que sólo el conocimiento humano disponga cuáles son las metas sociales, difícilmente tendrá la forma de justificar la ineludible coerción necesaria para alcanzarlas, si no cuenta con el consentimiento de, cuando menos, la mayoría de aquellos a quien se quiere beneficiar con tal acción coercitiva. Y, además, ésta debe plantearse de tal forma que incluso la minoría, porque no está totalmente en el error y no está totalmente fuera de la ley, pueda convertirse en mayoría en cualquier momento.

Este es el auténtico significado del sistema político que denominamos democracia, y que oponemos a la autocracia, o absolutismo político, únicamente porque es la expresión de un relativismo político.

## X

En el capítulo decimoctavo del evangelio de San Juan, se narra un episodio de la vida de Jesús. Esta narración familiar, con su lapidaria simplicidad, es una de las maravillas de la literatura y, sin haber sido escrita con tal intención, se ha convertido en un símbolo trágico de la antítesis entre una visión del mundo autocrática y una que es relativísticamente democrática. Es en el episodio de la pasión, cuando Jesús es llevado frente a Pilatos, el gobernador romano, acusado de haberse proclamado hijo de Dios y rey de los judíos. Pilatos, para quien, como romano, aquel hombre no podía ser sino un pobre infeliz, le pregunta irónicamente: "¿Eres tú el rey de los judíos?" Y Jesús, con absoluta seriedad, transportado por el ardor de su divina misión, responde: "Tú lo dices: Yo soy rey. Yo para eso nací y para eso vine al mundo, para testificar la verdad; todo el que es de la verdad escucha mi voz". Y Pilatos, escéptico como es, pregunta: "¿Qué es la verdad?" Y porque no sabe lo que es la verdad, y porque en su provincia debe preservar las formas democráticas, se dirige al pueblo y lo somete a voto. "Y dicho esto salió fuera", dice el evangelio, "y dijo a los judíos: yo no hallo en él culpa alguna. Vosotros acostumbrais a que os suelte un preso por la Pascua; ¿quereis que os suelte al rey de los judíos?" —la votación popular es contra Jesús. "Entonces gritaron nuevamente: ¡A ése no!, ¡A Barrabás!". Pero el evangelista añade: "¡Y Barrabás era ladrón!".

Para los creyentes, para los creyentes políticos, esta votación popular es, sin duda, un poderoso argumento en contra de la democracia. Y hay que admitir que el argumento es válido. Pero solamente, en realidad con una condición: que frente a una verdad política, que al final debe imponerse con sangrienta violencia, los creyentes políticos estuvieran tan seguros de su propia verdad como lo estaba el hijo de Dios.

# DIOS Y ESTADO *

Hans KELSEN

## I

El problema religioso y el problema social presentan un notable paralelismo. En primer lugar, desde el punto de vista psicológico. En efecto, si analizamos la manera como Dios y la sociedad, lo religioso y lo social, son vividos por el individuo, se pone de manifiesto que las líneas directrices de su estado de ánimo son idénticas en ambos casos.

La vivencia social se manifiesta en la conciencia del individuo como vinculada a otros seres; y al presuponer que estos están a su vez ligados entre sí, y en virtud del mismo vínculo en que se halla con ellos, el individuo que hace la experiencia de lo social los siente como sus congéneres, como sus compañeros. Sin embargo, esto no es sino el primer nivel. Al saber que se está vinculado a otros, y por tanto ligado en direcciones múltiples respecto a ellos, uno se siente enmarañado y prisionero en esta red de conexiones, entrelazado en esta trama de relaciones; se siente como parte no autónoma de un todo, dentro del cual la pequeña función que le corresponde como miebro del mismo, sólo se completa por la función de los otros miembros; de un todo, cuyo sentido radica, precisamente, en esa conjunción de las partes con vistas a un armónico complementarse; de un todo que, por este mismo motivo, experimenta uno como situado por encima de sí, por encima de la simple parte, como algo superior que condiciona y posibilita su propia existencia como miembro, y ante lo cual debe suscitarse, por tanto, el sentimiento de la dependencia. Y a esta representación de la subordinación y dependencia del propio yo, corresponde necesariamente la representación complementaria de una autoridad que instituye el intrincamiento social, la obligación o el vínculo social, autoridad en forma de la cual la sociedad —o para

* *Logos*, tomo II, 1922-23, pp. 261-284. Traducido del alemán por Jean Hennequin.

decirlo de modo concreto y no abstracto, el grupo social— se implanta en la conciencia del individuo.[1] Este es el segundo nivel.

La vivencia religiosa se cristaliza en torno a la creencia en una autoridad situada por encima del individuo, la cual condiciona su existencia y determina su comportamiento, y ante la cual uno siente ciertas obligaciones a la vez que una total dependencia. Si se compara la autoridad del todo normativa con la que la deidad toma posesión del alma del individuo, con esa exigencia de incondicional obediencia con la cual la sociedad penetra e invade cada vez más la conciencia del individuo, no podrá advertirse diferencia alguna de esencia, y ni siquiera de grado. Pues no debe olvidarse que es sólo la teología dogmática la que atribuye carácter absoluto a la autoridad divina, mientras que la psicología empírica no conoce ningún fenómeno psíquico dotado de una fuerza, una eficacia o una intensidad absoluta. Incluso en el corazón del más creyente de todos los creyentes llegará en ocasiones a fallar la representación de un mandamiento divino y a perder su efecto motivador en el comportamiento de éste, por lo demás, obediente servidor de Dios. En cambio, no es cosa rara observar el enorme y sorprendente poder con el que la autoridad social constriñe a los hombres, en contra de sus instintos más profundos, a renegar de su fundamental voluntad de vivir y de su instinto de conservación, empujándolos a autosacrificarse con el máximo júbilo.

La conciencia de un ente supraindividual y autoritario no agota en absoluto la vivencia religiosa. Entre sus características constitutivas está el sentimiento, para quien vive la deidad, de hallarse inscrito en un contexto universal, de fundirse en una vasta totalidad que abarca a otros además del que la experimenta, y a la que se accede por medio de la deidad. Sólo con la fundación de esta comunidad que se apodera del individuo por todos lados, y del universo como íntima comunión del individuo con todos los demás seres deseados por Dios y plenos de Dios, sólo con esta relación filial con Dios y la consiguiente confraternidad de todos los seres en Dios y mediante Dios, el pensamiento de la deidad alcanza su sentido último y la vivencia religiosa llega a su perfección. Tanto más profunda se hace esta vivencia, más van confluyendo también en ella, hasta fundirse de manera panteística en un ser único, la representación de una deidad supraindividual, distinta del individuo al que enlaza con los demás seres en una comunidad cósmica, con la representación de esta comunidad divina en cuyo seno el individuo se une con todos los demás seres. Por tanto, es simple

[1] Véase Menzel, *Zur Psychologie des Staates*, 1915.

fruto de una apariencia provocada por lo arbitrario de la presentación, el que tengamos en ocasiones la impresión de que la dinámica de la vivencia religiosa siga una secuencia inversa de aquella de la vivencia social; es decir, que ésta progresaría desde la comunidad hasta la autoridad, mientras que aquélla sólo llegaría hasta la comunidad pasando por la autoridad. Pues tampoco para el sentimiento social, autoridad y comunidad constituyen dos objetos distintos, sino simples fases distintas en el movimiento de la mente, no sujetas a un orden cronológico riguroso.

La comunidad cósmica, que representa el contenido de la vivencia religiosa, parece sin embargo diferenciarse de la comunidad social por el hecho no inesencial de que esta última se circunscribe a seres humanos, es una simple asociación humana, mientras que aquélla abarca absolutamente todos los objetos, tanto orgánicos como inorgánicos. Naturaleza y sociedad pretenden contraponerse una a otra.

Esta objeción, que amenaza con poner nuevamente en tela de juicio, o cuando menos con reducir considerablemente el paralelismo establecido inicialmente entre el problema religioso y el problema social, puede sin embargo rebatirse. El concepto acabado de Dios cumple dos funciones muy distintas una de otra. Dios es la expresión, tanto del fin más elevado, del valor supremo, del bien absoluto, como de la causa última. Sirve tanto para la justificación de todo deber, como para la explicación de todo lo que es; su voluntad es norma ética a la vez que ley natural. Sólo que este contenido, que la teología ha desarrollado en el concepto acabado de Dios, y mediante el cual lo ha escindido lógicamente a causa del dualismo irreconciliable que encierra, permanece ajeno a la representación original de Dios. El primitivo no establece en su divinidad distinción alguna entre un aspecto ético-normativo y un aspecto natural-causal, pues la necesidad de justificación y la explicación son para él una y la misma cosa. Para su conocimiento, aún totalmente antropomorfo, el comportamiento de una cosa queda explicado cuando puede concebirlo como cumplimiento de una orden; y la divinidad —en su unicidad o multiplicidad— manda al sol que se levante por la mañana, a los árboles que florezcan en la primavera, lo mismo que manda al hombre que no mate a su hermano. En la representación del primitivo, al estar sujetas a normas todas las cosas —y no solamente el ser humano— y al recibir éstas, en su calidad de destinatarias, órdenes normativas, se desvanece toda línea divisoria de principio entre el hombre y el resto de la naturaleza. En esto consiste, precisamente, la visión antropomorfa del mundo propia

del mito: el comportamiento de toda cosa es interpretado como si fuera comportamiento humano, como una especie de comportamiento humano; todas las cosas son interpretadas como seres antropomorfos, es decir, dotados de alma. La naturaleza, en la visión mitológica del mundo, constituye en realidad una sociedad, es decir, una asociación, un entrelazamiento o un pacto de hombres y demás seres concebidos como hombres; constituye un sistema universal de normas, cuyo contenido es el comportamiento de todos los objetos y que, por tal motivo, convierten todos los objetos en "hombres" —en el sentido ético-normativo de "destinatarios de normas", o "personas". Al ser refutada paulatinamente esta visión mitológica del mundo, se abre paso la moderna visión de las ciencias naturales que, respecto al comportamiento de las cosas, deja de preguntarse por qué éstas deben comportarse de determinado modo, por qué tienen la obligación de comportarse así, para concebir este comportamiento como efecto de una causa; visión que experimenta bastante dificultad para depurar el concepto común de causa, de la representación de una orden dirigida al efecto y destinada a producirlo. Pero a la par que este enfoque se extiende consecuentemente al hombre mismo, ocurre que la sociedad, en la medida en que es considerada como conjunto de comportamientos fácticos y causalmente determinados de los hombres, deviene naturaleza, deviene una porción de la naturaleza que no ha de distinguirlos esencialmente de otras partes del contexto causal universal. Y es sólo en la medida en que seguimos enfocando lo social desde un punto de vista ético (o jurídico) normativo, que podemos constituir a la sociedad como objeto distinto de la naturaleza.

Si hacemos abstracción de la función con la que, debido al avance de la actitud científica, se gravó posteriormente al concepto de Dios, a saber, la función —que destruye este concepto— de explicación causal última, y si nos atenemos a su significado ético-normativo original, que genuinamente le ha correspondido en todas las épocas, queda a salvo, en forma inalterada, la percepción de la íntima relación entre el estado de cosas religioso y el estado de cosas social. Pues la comunidad mediatizada por la representación de Dios, es la sociedad, y en la sociedad que se yergue ante el individuo como autoridad supraindividual que crea lazos y genera obligaciones normativas, es fácil reconocer al Dios que ordena y prohíbe. La esencia de la vivencia religiosa configura un momento social, y la esencia de la vivencia social un momento religioso. Resulta por tanto comprensible que toda religión posea su manifestación social, que sólo entre a la escena de la

historia como orden social específico, y que el grupo social primitivo sea simultáneamente una comunidad religiosa. Contrariamente a lo que suele creerse, el primitivo no distingue dos órdenes diferentes, el social y el religioso; no construye éste sobre el modelo de aquél, ni hace reinar a Dios sobre la naturaleza de la misma manera que ve al rey o al jefe reinar sobre él mismo y sus compañeros. Lo que ocurre más bien, es que ambos órdenes coinciden, ya que para el primitivo el rey es idéntico a Dios, o pasa a sus ojos por representante, hijo, servidor, instrumento de Dios, y su mandamiento por voluntad divina.

Cuando a partir de sus investigaciones sobre el totemismo, Durkheim [2] llega a la conclusión de que Dios es simple expresión de la sociedad, lo único que cabe añadir es que la sociedad también es expresión de Dios, es decir, de la vivencia religioso-autoritaria de los hombres que forman la sociedad. De esta reducción de lo religioso a nivel de lo social, o de esta promoción de lo social a nivel de lo religioso, resalta que desde el punto de vista de la investigación de los hechos psicológicos —y no de la especulación teológica, metafísica—, la vivencia religiosa puede describirse íntegramente como vivencia social; y que en ambos casos es imposible encontrar diferencia alguna de contenido en el momento de la autoridad y el de la comunidad, esencial es por igual para la vivencia religiosa como para la vivencia social.

Feuerbach ya había reconocido que no existe ningún sentimiento, ningún sentido religioso particular, y que por consiguiente no existe tampoco ningún objeto particular con el cual la vivencia religiosa esté relacionada exclusivamente o hacia el cual la veneración religiosa esté dirigida en forma privativa.[3] Entre el culto divino y la idolatría no media —cuando menos desde el punto de vista psicológico, ya que el aspecto teológico queda por lo pronto fuera de nuestras preocupaciones— ninguna diferencia esencial. La veneración a los héroes y soberanos, en particular (tanto en lo concerniente a su disposición de ánimo como a sus apariencias exteriores), es exactamente del mismo tipo que la adoración a Dios. El punto decisivo no es que la veneración a los héroes y soberanos, tan pronto como alcanza cierto grado, adopta formas religiosas, diviniza a su objeto incluso en la expresión verbal y ceremonial, sino que la actitud del hombre, tanto religiosa como social, parte de la misma raíz psicológica.

[2] Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, París, 1912, p. 322; véase también pp. 295 y 597.

[3] Feuerbach, *Wesen der Religion*, Sämtliche Werke, Stuttgart, t. 8, pp. 281-283.

Según Freud,[4] la identidad psicológica de la actitud religiosa y social se explica esencialmente por el hecho de que ambos vínculos se remontan a una y la misma experiencia psíquica fundamental, que obra de modo idéntico en la relación con la autoridad, tanto religiosa como social. Trátase de la relación del niño con su padre, el cual penetra en el alma del niño en forma de gigante, de poder supremo, y llega a ser para él la autoridad como tal. Como padre se experimenta también más tarde toda autoridad; como sustituto del padre se presenta el Dios venerado, el héroe admirado, el soberano amado con respetuoso temor; sólo como representantes del padre pueden estas autoridades suscitar en beneficio propio todas aquellas emociones que convierten a los hombres en infantes carentes de voluntad y opinión propias. En su profunda obra *Pandora*, Goethe ponía ya en boca de Epimeleia, hija de Epimeteo, las palabras siguientes: "¡Oh, padre! Un padre, en verdad, ¡es siempre un Dios!" Es indudablemente a partir de esta concepción que se explica el hecho —que de ninguna manera cae de suyo— de que la divinidad de todas las religiones, y no solamente las más primitivas, es venerada bajo el nombre de padre; así se explica también que los soberanos de todos los tiempos hayan reivindicado ante sus súbditos este mismo nombre y esta misma posición y que, guiados sin duda por el más seguro de los instintos, hayan asentado así su dominación en el fundamento más hondo y poderoso del alma humana.[5]

Es precisamente esta relación de amor hacia el padre la que nos permite comprender cómo puede ser placentera una sumisión que sólo puede cumplirse en detrimento de la autosuficiencia, cómo puede existir un impulso hacia semejante sumisión a una autoridad experimentada —consciente o inconscientemente— como el padre. No obstante, sacaríamos un resultado muy pobre e incompleto de un análisis que quisiera contentarse con advertir la raíz común de la actitud religiosa y social del hombre en su impulso original de sumisión, sin tomar en cuenta —merced a las investigaciones psicoanalíticas de Freud— la ambivalencia, es decir, el carácter anfibológico, bilateral, bifacético, de éste como de todos los demás impulsos. Lo mismo que el amor es a un tiempo odio, así todo afán de alguna manera placentero por someterse, es a un tiempo deseo de someter a otros; la sumisión es, de cierto modo, idéntica —psicológica, no lógicamente— a la voluntad

[4] Freud, *Totem und Tabu*, 2a. ed., 1920.

[5] A este respecto, véase también Kirchmann, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 2a. ed., 1873, p. 72.

de poderío. Tomemos la religión en su manifestación histórica: hasta ahora, ningún creyente jamás se ha satisfecho con estar solo con su dios; la sumisión a un dios ha servido siempre para poder someter a otros a este dios. Y cuanto más profunda es la propia subordinación y más fanática la autoenajenación religiosa, más intensa es la exaltación de la divinidad, más apasionada la lucha por esta divinidad, más irrestricto el impulso por dominar a los demás en nombre de esta divinidad, y más triunfal resulta también la victoria de esta divinidad, porque se trata tan sólo de una victoria del defensor de la fe que se identifica con su divinidad. Pero tal psicología no es en absoluto específica de la religión; es más bien la psicología de lo social en general: uno se somete a la autoridad del grupo para que los otros también queden sometidos por igual a ella; estos otros, precisamente, los que no quiero tener arriba de mí, sino que, cuando mucho, tolero a mi lado, como iguales a mí, y que, ya que no puedo dominarlos directamente, domino indirectamente viendo cómo, sometidos precisamente a esta autoridad mía —y esta autoridad "mía" no es solamente, o mejor dicho, no es tanto la autoridad que yo poseo porque la reconozco, como también y principalmente la autoridad que por tal medio soy— se doblegan ante mi bandera. Y esta bandera, si bien exteriormente es simple símbolo del grupo, vista desde el interior constituye tanto más íntegramente la expresión del yo reprimido, cuanto que este yo se identifica más incondicionalmente con el grupo exaltado en forma desmesurada, compensándose así la sumisión del individuo por su propia exaltación. Lo mismo que el primitivo en ciertas épocas, cuando reviste la máscara del animal totémico, es decir, de su ídolo tribal, puede cometer todos los atropellos prohibidos de ordinario por estrictas normas, así el hombre civilizado puede, tras la máscara de su dios, su nación o su Estado, dar libre curso a todos esos instintos que, como simple miembro del grupo, debe suprimir cuidadosamente dentro del mismo. Mientras que quienquiera que se alabe a sí mismo es menospreciado por presuntuoso, cualquiera puede alabar sin temor alguno a su Dios, su nación, su Estado, aunque de esta manera sólo se entrega a su propia vanidad; y mientras que al individuo como tal no se le reconoce ningún poder legítimo para que coaccione, domine, o máxime mate a otros, es en cambio su derecho supremo cumplir todo ello en nombre de Dios, la nación o el Estado, a quienes, precisamente por este motivo, ama como a "su" Dios, "su" nación, "su" Estado, y con los cuales se identifica en un acto de amor.

Si se les quita la máscara a los actores de la representación religiosa o social en la escena política, deja de ser Dios el que recompensa y castiga, deja de ser el Estado el que condena y hace la guerra: son hombres quienes ejercen violencia sobre otros hombres, es el señor X quien triunfa sobre el señor Y, o una bestia la que aplaca su apetito sanguinario revivido. Si caen las máscaras, la representación pierde todo significado propio; si hacemos abstracción de las máscaras, renunciamos justamente a esta interpretación específica en la cual consiste exclusivamente aquello que llamamos religión o sociedad. Esta imagen encierra una última enseñanza metodológica: hacer abstracción de las máscaras y observar a través de ellas los movimientos desnudos de las almas y los cuerpos en su necesidad natural y su determinación causal, tal es el punto de vista que han adoptado la psicología y la biología orientadas hacia las ciencias naturales. Tal enfoque no considera ni la religión, ni la nación, ni el Estado. Pues éstas son precisamente las "máscaras", las ideologías específicas que se levantan sobre la base de los hechos reales; trátase de sistemas ideales de relaciones valorativas o normas, que el espíritu humano se construye y con cuyas leyes propias e inmanentes es necesario compenetrarse para que estos objetos designados como religión, nación, Estado, etcétera, lleguen a existir para uno. Quien sólo vea los actos físicos y psíquicos, investigue sus causas y efectos, sólo verá pura naturaleza, y nada más que esto. Que la manifestación de la voluntad de un ser viviente se convierta en causa de la conducta de otro, constituye tan poco, en sí, un hecho social, como el que el pájaro huya ante la serpiente o que el calor dilate los cuerpos. Sólo desde el punto de vista de la ideología, gobernada por leyes propias, que son totalmente distintas con respecto al punto de vista de las ciencias naturales, es posible esta interpretación que proporciona el significado social específico.

Si la sociedad debe concebirse como mera ideología, en tal caso la religión constituye tan sólo una ideología social particular, originariamente idéntica a esa ideología social que puede designarse, en el sentido más lato de la palabra, como Estado; en esta fase del razonamiento, las representaciones de Dios y del Estado coinciden plenamente: el Dios nacional es simplemente la nación deificada en la personificación. Este es un hecho que hemos mencionado ya en otro contexto, según el cual son idénticas organización religiosa y organización jurídica, Iglesia y Estado. Poco a poco, y especialmente en el desarrollo de la religión cristiana, se produce una separación del con-

cepto de Dios con respecto a la comunidad nacional. Este constituirse de un Dios supranacional va a la par de —o mejor dicho, es en el fondo idéntico a— la constitución de una conciencia del género humano, a la idea de un sociedad supraestatal, de una comunidad de todos los hombres que haga estallar las barreras de los particularismos estatales. No cabe duda de que el Dios cosmopolita de la cristiandad, que en cuanto Dios del "amor" es ya un Dios eminentemente social, sólo puede comprenderse plenamente como personificación de esta idea del género humano. El que a pesar de este Dios supraestatal del género humano existente en la religión cristiana y al lado de este Dios uno y único, existen además numerosos otros dioses, tan numerosos como los distintos estados nacionales, sólo puede quedar oculto para quien considere solamente como Dios lo que así se denomina a sí mismo. Mientras haya una multitud de pueblos, decía ya Feuerbach, habrá una multitud de dioses, pues el dios de un pueblo —por lo menos su verdadero dios, el cual debe distinguirse cuidadosamente del dios de sus dogmáticos y filósofos de la religión— no es otra cosa que su sentimiento nacional,[6] o mejor dicho aún, es el pueblo mismo.

En tales condiciones, no puede causarnos asombro que la teoría del Estado, es decir, la teoría de esta construcción más acabada de todas las construcciones sociales, de la más desarrollada de todas las ideologías, presente muy notables coincidencias con la doctrina de Dios: la teología. Esto no es cierto solamente en el caso de aquella teoría del Estado que, siguiendo el modelo de Hegel, apunta conscientemente, aun en el sentido ético, a absolutizar, y por ende, a deificar el Estado, al que atribuye todas las características esenciales que la teología reconoce a Dios. Es cierto también, en una proporción inesperadamente amplia, en el caso de cualquier teoría del Estado, tanto antigua como moderna. Si esta manera de plantear y resolver los problemas, propia de la teoría del Estado, guarda un paralelismo tan sorprendente con aquella de la teología, esto se debe en el fondo, independientemente del punto de vista esencialmente psicológico desde el cual hemos venido enfocando hasta ahora la relación de lo religioso con lo social, a una situación epistemológica que nos corresponde dilucidar en las líneas que siguen.

[6] *Op. cit.*, p. 49.

## II

Desde el punto de vista de la crítica del conocimiento,[7] el concepto de Dios se presenta como personificación del orden del mundo. Cuando pretendemos comprender el mundo, presuponemos que constituye un todo dotado de sentido, es decir, un orden unitario de todo acontecer. En este contexto es indiferente que dicho orden sea concebido como sistema de normas o de leyes causales, o ambas cosas a la vez. Lo único que importa, es que la idea abstracta de la unidad de este orden busca expresarse en forma palpable recurriendo al artificio mental antropomorfo de la personificación. En una confusión, típica del pensamiento primitivo, enmedio de conocimiento y objeto de conocimiento, la personificación viene hipostasiada, es decir, que se toma por objeto real lo que era simple instrumento para apoderarse del objeto; pero de esta manera el objeto del conocimiento resulta duplicado, engendrándose así el seudoproblema de la relación de dos entidades allí donde, en el fondo, sólo debería expresarse la unidad de uno y el mismo objeto. La relación entre Dios y el mundo constituye el objeto propio de la teología.

El Estado también es concebido esencialmente como persona, y como tal constituye tan sólo la personificación de un orden: el orden jurídico. Concebir como unidad la multiplicidad de las relaciones jurídicas de los individuos, tal es la función posibilitada por el concepto de orden jurídico. Pero la unidad abstracta del orden jurídico se plasma en la representación de una persona, cuya voluntad significa el contenido de este orden jurídico, de la misma manera que la voluntad de Dios se expresa en el orden del mundo (poco importa que este orden esté regido por leyes morales o causales). Si el derecho es la voluntad del Estado, entonces el Estado es la persona del derecho —es decir— la personificación del derecho. Esta concepción pierde mucho su apariencia a primera vista paradójica, si se piensa que el Estado debe aprehenderse como orden, como orden específico de la conducta humana, como τάξις o σύνταξις, según lo caracterizaban ya Platón y Aristóteles.[8] Y si debemos admitir de antemano que el Estado guarda alguna relación esencial con el derecho, y si no podemos aceptar seriamente que coexisten y se hacen competencia dos

[7] A este respecto, véase Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922.

[8] Véase a este respecto Pitamic, "Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, ed. por Kelsen, t. II, pp. 683 y ss.

órdenes distintos, uno estatal y otro jurídico, ¿qué otro orden podría ser el Estado, sino precisamente el orden jurídico? La prueba pormenorizada —que hemos suministrado ya en otro contexto— de que el Estado sólo puede ser, desde cualquier punto de vista, el orden jurídico, resulta aquí superflua; pues basta reconocer que el Estado, en la medida en que es objeto de la ciencia jurídica —e incluso según la doctrina dominante la teoría del Estado es preponderantemente teoría del derecho estatal—, sólo puede ser el derecho. En efecto, el objeto del conocimiento jurídico es sólo el derecho y no es otra cosa que el derecho, y aprehender jurídicamente el Estado —lo cual es el sentido de la teoría del derecho estatal— no puede significar sino aprehender el Estado como derecho. Cierto es que el término "Estado" posee muchos significados, y no todos los numerosos usos de la palabra —según los cuales el Estado es ora dominante, ora dominado, ora designa a un pueblo, ora un territorio, ora una constitución, se identifica con un círculo ora amplio, ora más reducido, pero nunca rigurosamente deslindable de personas que poseen alguna calificación— pueden coincidir con el concepto de Estado definido aquí. Pero ese Estado que se presenta como generador, o cuando menos como "soporte" del orden jurídico; ese Estado al cual debe referirse —como supone la doctrina dominante— todo enunciado jurídico en cuanto a su contenido, por lo menos en la medida en que todo enunciado jurídico —independientemente de cómo se conciba su surgimiento— termina desembocando en el establecimiento de un acto coactivo cuyo carácter estatal aún no ha sido puesto en duda por nadie; ese Estado, cuya relación omnilateral con el derecho está presupuesta hasta tal grado que la teoría del Estado de derecho no puede admitir que alguna fracción del Estado se halle al margen del derecho, ni la teoría positiva del derecho que alguna fracción del derecho se halle al margen del Estado; ese Estado de la teoría general del Estado es, en cuanto orden, idéntico al derecho; en cuanto persona, sólo es la personificación, la expresión antropomorfa de la unidad del derecho. Cuando la persona llamada "Estado", creada por la ciencia jurídica con el objeto de encarnar la unidad del sistema jurídico, viene hipostasiada en la forma usual y contrapuesta, como ente particular, al derecho —de cuya unidad esta persona llamada Estado no es sino la expresión—, trátase exactamente de la misma problemática o seudoproblemática que en el caso de la teología. Esta última sólo puede mantenerse como disciplina distinta de la ética o de las ciencias naturales, en la medida en que existe una firme convicción en la tras-

cendencia de Dios con respecto al mundo —ese dogma fundamental de toda teología—, en la existencia de un Dios sobrenatural, es decir, situado por encima del mundo; de la misma manera, sólo es posible una teoría del Estado distinta de la teoría del derecho, en la medida en que se cree en la trascendencia del Estado con respecto al derecho, en la existencia, o mejor dicho la seudoexistencia, de un Estado metajurídico, situado por encima del derecho.

En la medida en que se sigue considerando al Estado como ente que, si bien trasciende al derecho, en lo fundamental sólo se caracteriza con respecto a él, el intento por determinar las propiedades del Estado conduce al establecimiento de cualidades puramente negativas. Lo que suele considerarse como característica esencial del Estado, la soberanía, en el fondo no significa otra cosa sino que el Estado es el poder supremo —lo cual no puede definirse más que en forma negativa, es decir, por el hecho de que no está subordinado a ningún poder superior, de que no se deriva de, ni está limitado por ningún poder superior. En la teología, asimismo, hacer hincapié en la trascendencia de Dios conduce a describir su esencia con predicados negativos. El concepto de soberanía propio del derecho público, debería prestarse perfectamente a un uso acorde a los fines de la teología, ya que en él sólo se expresa la absolutización del objeto. Sin que tuviera en lo más mínimo conciencia de la correlación con la teología, la jurisprudencia ha reconocido que el Estado, en la medida en que es declarado soberano, es decir, vuelto absoluto, presupuesto como ser jurídico dotado de absoluta supremacía, debe constituir el ser jurídico único, ya que si llevamos el concepto de soberanía hasta sus últimas consecuencias, la soberanía de determinado Estado excluye la soberanía de cualquier otro Estado y, por ende, excluye a cualquier otro Estado como comunidad soberana. Que tal concepción sea utilizada como argumento contra el reconocimiento de la soberanía al Estado singular, carece aquí de importancia, ya que para nosotros sólo se trata de mostrar que la unicidad del Dios teológico, que con tan vigorosa pasión suele profesarse, confirma también la plena coincidencia entre la estructura lógica de este concepto y la del concepto jurídico del Estado soberano. Cuando la soberanía del Estado es interpretada como poder, no se trata sino de este mismo poder que toda teología afirma como esencia de su Dios y que, elevado al rango de omnipotente absoluta, es proclamado también por el Estado; aunque, en un principio, únicamente en un sentido normativo: al hablar de la omnipotencia del Estado, sólo se quiere decir que, en su esfera

jurídica específica, el Estado puede hacer todo lo que quiera, que el orden jurídico puede asumir cualquier contenido. Sin embargo, en no pocas ocasiones háblase también de la omnipotencia del Estado en un sentido natural. El enfoque adoptado por la teoría del Estado tiende con demasiada frecuencia a pasar de la esfera de la realidad jurídica a la esfera de la realidad natural, a confundir el poder del Estado, que como poder jurídico constituye una potencia dotada de validez, con una fuente natural de efectos, con una fuerza físico-psíquica. No es que no exista tal fuerza físico-psíquica. El acto psíquico real de la representación de las normas que configuran el orden estatal, es un hecho inscrito en el mundo de la realidad natural, y surte, como causa, sus efectos. La fuerza motivadora, ora mayor, ora menor, que poseen tales representaciones, constituye indudablemente un "poder" en el sentido natural; pero este hecho no debe confundirse con el orden normativo ideal, que sólo entra en consideración como estatal o jurídico. Cierto es que existe una clara tendencia a identificar al Estado con este hecho de un poder real que aparece como causa surtidora de efectos y, en tal sentido precisamente, a contraponerlo al derecho como sistema de normas meramente ideal. Sin embargo, no es menos legítimo considerar el orden ideal como orden estatal y llamar su realización derecho, concibiendo al derecho como poder del derecho, como poder real que domina la mente de los hombres y determina causalmente sus acciones. Del mismo modo, en la teología se postula a veces que Dios no es sino el mundo en pensamiento y que el mundo no es sino Dios en la realidad, el Dios real.[9] No es posible inscribir al derecho y al Estado en la oposición entre pensamiento y realidad, si se cree posible aprehender ambos, derecho y Estado, desde ambos puntos de vista. A decir verdad, es preciso mantener una clara separación entre dos objetos diferentes: el orden estatal (que sólo se ofrece a una observación enfocada hacia lo ideal), idéntico al orden jurídico; y el hecho positivo (que sólo se ofrece a una observación dirigida hacia la realidad de la naturaleza) de la representación y voluntad de tal orden. No obstante, del mismo modo que el enfoque adoptado por la teoría del Estado identifica el orden estatal ideal, en su valor normativo específico, con el Estado como poder dotado de eficacia positiva, así la omnipotencia jurídica del Estado llega en ocasiones a considerarse erróneamente como fuerza natural, absolutamente irresistible. Error al cual no es ajena la secreta intención, consciente o no, de amplificar considerablemente una

[9] Feuerbach, *op. cit.*, p. 143.

fuerza natural indudablemente presente —la fuerza motivadora de las representaciones normativas—, suscitando la creencia en su carácter irresistible. ¿No queda corroborada, por este camino, la analogía entre el Estado y Dios, el cual, según afirma con agudez un dicho conocido, sólo existe si se cree y en la medida en que se cree en él?

Al recalcar con insistencia —sobre todo contra el panteísmo— la trascendencia de Dios frente al mundo, la teología se enfrasca en la misma dificultad que la teoría del derecho estatal cuando afirma la naturaleza metajurídica del Estado. Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la dificultad, o mejor dicho la imposibilidad de la situación en ambos casos, consiste en que dos sistemas distintos e independientes uno de otro, Dios y el mundo, el Estado y el derecho, se presentan en el interior de una y la misma esfera cognoscitiva, mientras que por principio la tendencia de todo conocimiento apunta a la unidad sistemática. Sin embargo, ni en la teología ni en la teoría del Estado y del derecho, esta dificultad se expresa únicamente en los términos de la teoría del conocimiento. En la teología, el problema puede formularse *grosso modo* como sigue: un mundo independiente de Dios es incompatible con los atributos divinos. Para ser, el mundo debe, de alguna manera, participar de Dios. Dios es la causa del mundo, ha engendrado el mundo y sigue engendrándolo continuamente. E inversamente los hombres, en cuanto parte del mundo, no podrían formarse ninguna idea de Dios y ni siquiera podrían aprehender el concepto de Dios, si Dios no participase también, de alguna manera, de la naturaleza del mundo y del hombre. Por consiguiente, los dos principios mutuamente excluyentes de la supremacía de Dios por encima del mundo y su relación positiva con el mismo, deben sin embargo conciliarse de alguna manera, pues si bien conforme a su esencia Dios no está enmarañado en el mundo, es no obstante imposible representarse a Dios sin el mundo y al mundo sin Dios. La misma violación de la lógica se hace patente en la teoría del derecho estatal, cuyas afirmaciones son del todo análogas: el Estado es una entidad distinta e independiente del derecho; en última instancia, el Estado es de naturaleza metajurídica; sin embargo, no puede concebirse el Estado sin derecho, ni el derecho sin Estado. El Estado es el creador o el soporte del derecho; por tanto se sitúa por encima del derecho; por otra parte, empero, el Estado participa de la naturaleza del derecho, está sometido al derecho, es un ser jurídico, una persona de derecho.

Y del mismo modo que es idéntico el problema en la teología y en la teoría del Estado, a saber, el seudoproblema de una relación entre un sistema y su hipostatización (una relación sólo es concebible dentro del sistema), así recibe también en ambas disciplinas la misma solución, si es que puede hacerse pasar por solución algo que no sea la disolución radical del problema, es decir, su desenmascaramiento como seudoproblema. El Dios situado por encima del mundo se convierte en el mundo, o en su representante, el hombre, al escindirse el ente divino en dos personas: Dios Padre y Dios Hijo, el Dios hombre o Dios mundo. En la persona del Dios hombre, Dios se somete al orden del mundo (tanto a su orden moral como a sus leyes naturales) por él mismo establecido, y el poder inicialmente ilimitado de la voluntad divina se autoimpone límites. En cuanto Dios hombre, Dios renuncia a su omnipotencia, y el curso del mundo no se conforma a su voluntad, sino a la inversa; en cuanto Dios Hijo, Dios se somete a un deber de obediencia para con Dios Padre. La teología expone esta teoría de la encarnación de Dios en el mundo desde la perspectiva de la autolimitación, de la autoobligación de Dios; teoría a la cual corresponde puntualmente la célebre doctrina de la autoobligación del Estado, que constituye el meollo de la teoría del derecho estatal. El Estado, esencialmente distinto del derecho, el Estado que debe concebirse como poder, el Estado todopoderoso que por tanto, conforme a esta esencia suya, es ilimitado, "soberano", y no está ligado por ninguna norma, este Estado debe, sin embargo, terminar por convertirse en derecho, debe transformarse en un ser jurídico, en una persona de derecho que, al hallarse subordinada al orden jurídico y al extraer de éste su "poder", ya no puede ser "soberana", si es que el concepto de soberanía pretende conservar algún sentido. Porque, de alguna manera, no se puede menos que tomar en cuenta la unidad del sistema; y es allí donde, obviamente, debe imponerse el punto de vista del conocimiento jurídico. Ahora bien, ¿cómo se lleva a cabo esta metamorfosis del Estado como poder al Estado como derecho, metamorfosis que los críticos del dogma de la autoobligación califican siempre como misterio? Es muy sencillo, dice la teoría del Estado: el Estado estatuye un orden jurídico —es incluso esencial para él que estatuya tal orden jurídico; y tras haberlo estatuido, se somete a este orden jurídico "suyo". Todas las dudas que sin tregua han sido esgrimidas por los juristas en contra de esta teoría de la autoobligación —y tales dudas nunca han podido disiparse, pues la teoría de la autoobligación y, por ende, el fundamento de la teoría

del derecho estatal nunca han dejado de ser problemáticos—, todas estas dudas han sido expresadas casi palabra por palabra, en la teología contra la misma, con relación al dogma de la encarnación de Dios. ¿Cómo puede Dios ser todopoderoso, como puede ser por naturaleza ilimitado y libre de todo vínculo y al mismo tiempo, sin embargo, estar sometido como hombre a las leyes de la naturaleza, nacer, vivir, sufrir, morir y estar sujeto a la ley moral? Tal es la duda que en todos los tiempos han formulado los escépticos de la religión. Y los juristas críticos se han preguntado: ¿Cómo puede el Estado, cuya esencia, según se nos enseña, es el poder (a diferencia de lo que ocurre en el caso del derecho), verse ligado él mismo de alguna manera, aunque fuera por su "propio" derecho? Si el Estado —como está presupuesto en su esencia— puede, por naturaleza, hacer todo aquello que está en su poder, ¿cómo puede afirmarse, desde cualquier punto de vista que sea, que sólo puede hacer aquello que el orden jurídico le permita o bien le obligue a hacer? Ciertos heréticos han calificado al Dios de los teólogos de "Minotauro", que sería mitad hombre, mitad superhombre; asimismo, la crítica ha rechazado al Estado, considerándolo como un "ser fabuloso" que, de acuerdo con la teoría dominante del derecho estatal, debería ser mitad persona jurídica, mitad fuerza natural.

La aspiración a la unidad del sistema, procedente de la esencia más profunda del conocimiento, con frecuencia se abre paso —sin que los sujetos del conocimiento sean conscientes de ello— mediante extraños rodeos. Tras haber escindido Estado y derecho en dos seres diferentes, la teoría se esfuerza por reunirlos. Con este fin interpreta la unidad de Estado y derecho —lo cual constituye un postulado lógico, por ser la mera separación de un seudodualismo— como si se tratase de un postulado político, afirmando que la coincidencia de Estado y derecho no es una necesidad, sino una simple posibilidad. Mientras que antaño, en particular bajo la monarquía absoluta, Estado y derecho se enfrentaban hostilmente uno al otro, el desarrollo histórico tiende a la reunión de ambos. Sólo con el advenimiento del moderno Estado de derecho —prosigue la teoría—, el orden estatal se convierte en orden jurídico, y sólo entonces se cumple, como hecho histórico, la exigencia de unidad del Estado y del derecho. Desde el punto de vista no de una teoría del derecho natural, sino de una teoría jurídica positivista, punto de vista que es también el de la moderna teoría del derecho estatal, la unidad de Estado y derecho debe reconocerse como unidad conceptual por esencia, independien-

te de todo desarrollo histórico; desde tal punto de vista, la reunión del Estado y del derecho no puede constituir un hecho histórico, y todo Estado, aun el Estado policiaco absoluto, debe ser un orden jurídico. Resulta inadmisible valorar únicamente como "derecho" el orden jurídico instaurado por vía democrática, porque sólo este orden jurídico y todo orden jurídico deben considerarse como derecho positivo, "respaldado" por el Estado, como suele decirse en forma metafórica y redundante; lo cual significa, sin embargo: este orden jurídico, que es el orden estatal. Es en esta identidad del orden jurídico y del orden estatal donde radica, precisamente, la esencia de la positividad del derecho. Contrariamente a la teología ortodoxa que advierte en la encarnación de Dios, en la unión del Dios trascendental con el mundo que le es exterior, un hecho histórico único ocurrido en determinado momento y en determinado lugar, las doctrinas de ciertas sectas místico-panteísticas no pretenden ver en Cristo más que un símbolo eterno, concibiendo la encarnación de Dios no como un acontecimiento histórico único, sino como una experiencia fundada en la esencia humana: en todo hombre se cumple la encarnación de Dios; Dios es hombre, el hombre es Dios, puesto que conforme a su esencia Dios es idéntico al mundo.

El dualismo Estado-derecho no representa solamente una contradicción lógica y sistemática, sino que constituye también, en particular, la fuente de un abuso político-jurídico. Permite, bajo el ropaje de una argumentación teórica (la teoría del derecho y del Estado), que se impongan en contra del derecho positivo ciertos postulados meramente políticos. El dualismo Estado-derecho se convierte en un dualismo de dos sistemas normativos diferentes, mutuamente opuestos: el uno, bajo el nombre de "Estado", razón de Estado, interés de Estado (también: bien público, "derecho" público), viene valorado positivamente cada vez que el otro, el derecho "positivo", acarrea una consecuencia indeseable para los gobernantes, quienes en realidad son idénticos a este "Estado". Para tener una visión clara de este nexo que la doctrina escolar ha obscurecido considerablemente, basta percatarse de que la cuestión acerca de la esencia del Estado se precisa como sigue: ¿Bajo qué condiciones una acción humana (y lo que se ofrece inicialmente al examen son únicamente acciones humanas individuales) no debe atribuirse al sujeto mismo de la acción, sino a un ser concebido como situado "atrás" de él: el Estado? ¿Bajo qué condiciones deben los actos humanos interpretarse como actos del Estado? El problema del Estado aparece como un problema de impu-

tación, el Estado como un centro de imputación, como un centro específico de relaciones, y la cuestión clave concierne al criterio de imputación. Que Dios deba concebirse también como un centro de imputación de este tipo —situado en el infinito—, no será aquí objeto de mayores consideraciones. Bástenos establecer que el criterio para la imputación al Estado sólo puede ser de índole jurídica. Una acción humana sólo puede considerarse como acto de Estado cuando y en la medida en que está calificada en forma determinada por una norma jurídica y se halla estatuida en el sistema del orden jurídico. En la imputación de un estado de cosas al Estado no se expresa, en el fondo, sino la relación de este contenido con la unidad del sistema, en el cual este contenido se halla unido a otros para conformar un orden específico. El Estado, como punto último de imputación, es tan solo la expresión de la unidad de este orden, del orden jurídico. Concebir un acto, en particular el acto del Estado, como jurídico, equivale a concebirlo como contenido del orden jurídico, como contenido calificado en forma determinada. Sin embargo, este orden jurídico constituye en ocasiones para los órganos que lo ejecutan, en particular para los órganos supremos, un obstáculo contrapuesto a sus intereses. Aun en la monarquía absoluta el orden jurídico no está configurado exclusivamente según los intereses del monarca y su séquito, sino que de alguna manera deben tomarse también en consideración intereses opuestos. El orden jurídico posee siempre, en mayor o menor grado, el carácter de un compromiso. También es de observarse que aun en la autocracia, donde el desarrollo del derecho es fundamentalmente obra de la voluntad del monarca, que allí precisamente gran parte del derecho viene creado por vía consuetudinaria, democrática; es precisamente en la autocracia donde el derecho consuetudinario adquiere toda la importancia que por motivos obvios pierde, al contrario, en la democracia. Ahora bien, si en la monarquía constitucional el monarca o los órganos ejecutivos que lo representan cumplen actos que carecen de cobertura en el orden jurídico, no por ello deja la doctrina (desarrollada sobre la base de la monarquía constitucional) de reconocer estos actos como actos del Estado, justificándolos como conformes a la naturaleza del Estado, del interés del Estado, etcétera. Tales actos, totalmente inconcebibles desde el punto de vista del orden jurídico positivo, no pueden interpretarse como actos jurídicos; la doctrina, sin embargo, los atribuye al Estado, sobre la base de un orden distinto del orden jurídico positivo; y puesto que, con todo, resulta necesario concebir como jurídicos tanto este

orden como estos actos del Estado, dicho orden —de derecho natural, y deducido en gran parte de la naturaleza de un Estado imaginario— recibe el nombre de "derecho público", para que de esta manera se cumpla la operación mágica que, en virtud de la interpretación, hace surgir derecho a partir del no derecho, y un acto jurídico a partir de un simple acto de fuerza. Tal es la raíz de ese dualismo lógicamente imposible, dentro del cual ha sido inscrito el derecho público por oposición al llamado derecho privado.[10] Pero este derecho público, en la medida en que viene deducido de la naturaleza de ese Estado imaginario, todo este Estado contrapuesto al derecho positivo, constituye tan solo la expresión de determinados postulados no reconocidos en este orden jurídico: postulados políticos, y por consiguiente, de derecho natural; y sólo apunta a posibilitar la satisfacción de deseos políticos e intereses no admitidos por el orden jurídico positivo, con el cual se hallan en contradicción. Es en este sentido de un orden autocrático, dirigido contra un derecho por principio consuetudinario, y por tanto democrático, de un orden orientado hacia los intereses del príncipe y su séquito, que la palabra "Estado" —la *regione di stato* en *El Príncipe* de Maquiavelo— se ha introducido en el lenguaje jurídico. Y si bien la oposición entre el nuevo orden autocrático y el antiguo orden democrático sólo tradujo la oposición entre el antiguo y el nuevo derecho estatal —puesto que el nuevo orden pasó a ser orden jurídico y suplantó al antiguo—, el concepto de Estado ha conservado sin embargo su significado profundamente antijurídico y continúa encubriendo, desde numerosos puntos de vista, los postulados políticos orientados contra el derecho positivo; y en la oposición de Estado y derecho se ha mantenido el dualismo de dos sistemas con los cuales opera simultáneamente la teoría, utilizando ora uno, ora otro, según las necesidaes políticas.

Del todo análoga es la situación en que se halla la teología. Por una parte, ésta debe admitir que el mundo es naturaleza, es decir, unidad sistemática de las leyes naturales, y ello tanto más cuanto que Dios mismo ha instituido las leyes naturales junto con la naturaleza y que éstas sólo pueden tener validez como expresiones de la voluntad divina; por otra parte, sin embargo, le resulta imposible pensar que Dios esté sujeto a las leyes naturales. La libertad de Dios con respecto a las leyes naturales, se expresa en el concepto de milagro: éste es un acontecimiento que no puede ser de acuerdo con las leyes

[10] Véase al respecto Weyr, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1908, pp. 529 y ss.

naturales, y para cuya determinación es preciso recurrir al sistema sobrenatural de la voluntad divina. Pero con el concepto de milagro se mantiene y perece el concepto de Dios como ser distinto del mundo. Ambos sólo resultan posibles por la simple yuxtaposición, en ausencia de toda relación, de dos sistemas independientes uno de otro. Es precisamente este proyectarse más allá de la naturaleza, este supuesto de que la voluntad divina es de orden sobrenatural, distinto del orden de la naturaleza e independiente de él, lo que constiuye el momento característico de la teología; en ello consiste precisamente el método teológico. Este es el método de la teoría del Estado, que con su sistema suprajurídico —distinto del sistema del derecho— de un Estado metajurídico o suprajurídico pretende hacer —jurídicamente— comprensible lo jurídicamente incomprensible, pretende hacernos creer en el milagro jurídico, lo mismo que la teología pretende hacernos creer en el milagro natural. Y de la misma manera que el Estado distinto del derecho —Estado cuya voluntad es el derecho positivo y que puede, no obstante, actuar por encima de este derecho y al margen de este orden jurídico, es decir, que puede operar milagros en materia jurídica— ha sido reconocido como simple expresión de determinados postulados políticos que trascienden el orden jurídico positivo, así Feuerbach ha reconocido en Dios —ese Dios sobrenatural, distinto del mundo y no sujeto a las limitaciones impuestas por la ley natural, aunque éstas constituyen tan sólo su voluntad— la expresión de los deseos humanos que trascienden las fronteras de lo real y lo necesario, y el producto de la imaginación que satisface tales deseos.[11] Y lo mismo que Feuerbach ha declarado totalmente superfluo el concepto de un Dios que, sujeto a las leyes de la naturaleza, sólo gobernaba de conformidad con las leyes naturales, así resulta también superfluo el concepto de un Estado cuyos actos sólo son posibles en cuanto son jurídicos —a no ser que queramos conservarlo para expresar la unidad del orden jurídico.

Lo mismo que la teoría del derecho estatal atribuye al Estado ciertos actos que califica de jurídicos, a pesar de que no encuentra para ello justificación alguna en el orden jurídico positivo, así cree también poder atribuir al Estado ciertos hechos que, sobre la base de este orden jurídico, califica de antijurídico, a pesar de que presenta el orden jurídico como voluntad del Estado. Lo cual equivale a sostener que la persona unitaria del Estado quiere simultáneamente el derecho y su negación: ¡imposible contradicción! Con el supuesto de

[11] *Op. cit.*, pp. 306 y 410.

un antiderecho de Estado, la teoría se enfrasca en las mismas dificultades que la teología con el problema de la teodicea: si la voluntad de Dios es el bien, ¿cómo puede éste querer el pecado, el mal? Y con todo, aun el mal debe serle atribuido, ya que sin su voluntad nada es posible. No reviste aquí mayor importancia el que en forma totalmente independiente una de otra, teología y jurisprudencia hayan escogido la misma vía para liberarse de este conflicto. En cambio, no es superfluo quizás señalar el paralelismo entre una institución teológica y una institución jurídica, relacionadas ambas con el problema de la injusticia en el sistema del derecho, del mal en el sistema del bien, del error en el sistema de la verdad. Si de acuerdo con el contenido de un enunciado jurídico, un acto coactivo debe aplicarse bajo determinadas condiciones y únicamente bajo éstas, puede entonces surgir una duda: en un caso concreto en que fue aplicable el acto coactivo (por ejemplo la pena), ¿estuvo realmente dada la condición prevista por el enunciado jurídico (por ejemplo el delito)? ¿No ha condenado injustamente el Estado a un inocente? El orden jurídico contempla la posibilidad de revisar la sentencia a través de toda una serie de instancias; pero como es comprensible, fija un límite a esta serie. La última sentencia cobra fuerza de ley y es inapelable. De ahí que, hablando con propiedad, el enunciado jurídico no pueda rezar: Si alguien roba, mata, etcétera, debe ser castigado; pues ¿cómo averiguar la verdad absoluta para establecer si alguien ha cometido cierto acto? Más bien debe rezar: Si en determinado procedimiento queda admitido, en última instancia, que alguien ha robado, matado, etcétera, esta persona debe ser castigada. Y en consideración a este enunciado jurídico no hay error judicial, no hay injusticia del Estado. Merkl ha señalado recientemente [12] que el dogma teológico de la infalibilidad de las enseñanzas papales no es, en el fondo, sino una aplicación a la teología del instituto de la fuerza de ley. Lo mismo que en un caso una posible injusticia se convierte en justicia, en el otro un posible error se convierte en verdad.

Existe, por último, una analogía total entre la especulación teológica y la especulación jurídica en lo concerniente a la relación Dios-hombre y Estado-individuo, respectivamente. Del mismo modo que el hombre, creado a imagen y semejanza de Dios —ser espiritual—, no aparece realmente en el sistema de la teología como criatura físi-

[12] Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Wiener staatswissenschaftliche Studien (edición a cargo de Kelsen), t. XV, cuaderno 2.

ca, es decir, como ser animal, sino como alma, así la ciencia jurídica debe recalcar con insistencia que no toma en consideración al hombre como unidad biológico-psicológica, sino como "persona", es decir, como sujeto de derecho, como ser jurídico específico; de suerte que la ciencia jurídica crea igualmente a su hombre a imagen y semejanza Estado, persona de derecho por excelencia. La identidad esencial del Estado con los individuos que lo componen, es la idea directriz —más o menos consciente— que conduce a la llamada teoría orgánica del Estado; teoría que, al tratar de concebir al Estado como "macroanthropos", sólo yerra porque busca al Estado en la esfera existencial del hombre natural, en el mundo de la naturaleza, en vez de buscarlo en el mundo del espíritu. De ahí que sea erróneo incluir también a Platón entre los partidiarios de esta teoría orgánica, pues en su *Politeia*, para aprehender la justicia del individuo, y por tanto la simple esencia de la persona ético-jurídica como individuo, Platón analiza primero la esencia del Estado justo, concebido éste como persona ético-jurídica colectiva.

La teoría teológica del alma y la teoría jurídica de la persona, del alma jurídica, guardan múltiples relaciones. Bástenos señalar aquí, finalmente, que el problema central de la política, la relación entre individuo y Estado, así como todas sus posibles soluciones y todas las soluciones que se ha intentado darle, son en parte repeticiones textuales de aquellas especulaciones que acerca de la relación entre Dios y el alma individual han producido la teología y la mística religiosa. Realizar la unidad entre los dos polos opuestos, presentar el dualismo como unidad de fondo, tal es el objetivo perseguido por el pensamiento tanto religioso como político. E incluso los caminos que conducen a este objetivo, son idénticos: o bien se parte del individuo para que en él se disuelva el universo, o bien se parte del universo para que el individuo se funda en él. Individualismo y universalismo son los dos esquemas de base de la teoría, tanto religiosa como política.

Desde este punto de vista debe considerarse también el paralelismo que existe manifiestamente entre ateísmo y anarquismo. A este respecto, sin embargo, no debe pasarse por alto que la cuestión relativa a Dios en un caso, al Estado en el otro, a la que tanto el ateo como el anarquista responden negativamente, no se halla planteada de modo exactamente idéntico. El ateo pregunta si existe un Dios, en cuanto ser distinto del mundo; el anarquista, en cambio, pregunta si debe existir un Estado, cuya "existencia" presupone, precisamente, al dar

a tal pregunta una respuesta negativa. Cierto es que la existencia de Dios —no en el sentido en el que el ateo la niega, sino en que él también debe reconocerla— es la misma que esa "existencia" del Estado que el anarquista combate: consiste en la fuerza motivadora de ciertas representaciones normativas. En este sentido, Dios y el Estado sólo existen si y en la medida en que uno cree en ellos, y quedan aniquilados, junto con su inmenso poder que llena la historia universal, cuando el alma humana se libera de esta creencia. Sin embargo, de igual modo que además de su significado como crítica del conocimiento, el ateísmo adquiere también un significado ético-político, se convierte en anarquismo dirigido contra esta existencia de Dios, contestando negativamente a la pregunta de si un Dios debe ser existencia de Dios en ese sentido de creencia en Dios, así el anarquismo ético-político puede adquirir también un significado como crítica del conocimiento, preguntarse primero qué es el Estado, para dar a esta pregunta una respuesta negativa, en el sentido de que niega el Estado como ente distinto del orden jurídico. Esto es lo que ha hecho Stirner, por ejemplo, al afirmar reiteradamente que el Estado no es sino un fantasma, un fruto de la imaginación, una simple ficción. Sin embargo, entre este anarquismo como crítica del conocimiento y un anarquismo político que niega absolutamente toda validez a las normas coactivas obligatorias, no existe más relación de necesidad que entre el ateísmo ético-político y el ateísmo como crítica del conocimiento, el cual, si bien niega la existencia de Dios, puede presuponer, no obstante, un orden moral del mundo.

Sin embargo, aun el anarquismo como mera crítica del conocimiento —si es que así puede calificarse la reducción del concepto de Estado al concepto de derecho— no carece de todo efecto ético-político; pues descarta la representación del Estado como realidad absoluta con la cual el individuo tendría que enfrentarse fatalmente, como si se tratase de algo ya dado de antemano e independiente de él. Al enseñarle a concebir al Estado como el simple orden jurídico, este tipo de anarquismo despierta en el individuo la conciencia de que este Estado es obra humana, hecha por hombres para hombres y que de la esencia del Estado, por consiguiente, no puede deducirse nada que vaya en contra del hombre. Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento por modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del Estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden

estatal, porque estaba acorde a sus intereses, esta teoría, en cambio, que declara al Estado como orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por lo tanto no deja al Estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del Estado en beneficio de los gobernados. Pero es precisamente por ello que esta teoría se revela como teoría pura del derecho, pues sólo arruina la abusiva utilización política de una seudoteoría del Estado.

Esta teoría jurídica pura del Estado, que desintegra el concepto de un Estado distinto del derecho, es una teoría del Estado... sin Estado. Y por más paradójica que parezca, sólo de esta manera la teoría del derecho y del Estado abandona el nivel de la teología para acceder al rango de la ciencia moderna. Desde un punto de vista epistemológico, el concepto del Estado tal como lo desarrolló la antigua teoría del Estado y del derecho, se halla —al igual que el concepto de Dios— en el mismo plano que el concepto del alma en la antigua psicología, y el concepto de fuerza en la antigua física. Lo mismo podemos caracterizar a la persona del Estado como alma jurídica que como fuerza jurídica: se trata —como en el caso de Dios, del alma y de la fuerza— de un concepto de substancia.[13] Dado que la ciencia moderna se esfuerza por disolver toda substancia en función, y ha arrojado por la borda, desde hace mucho tiempo, tanto el concepto de alma como el de fuerza, la psicología moderna se ha convertido en ciencia del alma... sin alma, y la física en ciencia de la fuerza... sin fuerza. Y si la absorción del concepto sobrenatural de Dios por el concepto de naturaleza ha sido la condición —creada sólo por el advenimiento del panteísmo— para una auténtica ciencia de la naturaleza, libre de toda metafísica, de igual modo la reducción del concepto suprajurídico de Estado al concepto de derecho es el prerrequisito imprescindible para el desarrollo de una auténtica ciencia jurídica como ciencia del derecho positivo, depurada de todo derecho natural. Tal es el objetivo de la teoría pura del derecho que es simultáneamente la teoría pura del Estado, porque toda teoría del Estado sólo es posible como teoría del derecho del Estado, y viceversa todo derecho es derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho.

[13] Sander, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, *Zeitschrift für öffentliches Recht* (edición a cargo de Kelsen), vol. I, pp. 132 y ss.; del mismo autor: Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, *ibid.*, pp. 468 y ss.

# EL CONCEPTO DE ESTADO DE LA SOCIOLOGIA COMPRENSIVA *

Hans KELSEN

También el trabajo sociológico más importante, desde la aparición de la *Sociología* de Simmel, la acuciosa investigación de Max Weber sobre *Economía y sociedad* [1] confirma que todos los esfuerzos por asentar la esencia del Estado sobre bases extrajurídicas, especialmente en el terreno sociológico acaban siempre, en mayor o menor medida, en una identificación falsa o una confusión de conceptos. En Max Weber esto se observa —involuntariamente— en la singularidad de su método sociológico, desde sus inicios, aun cuando la contradicción de su "sociología comprensiva" se acentúa con firmeza frente al conocimiento jurídico. La sociología debe —de acuerdo con el específico punto de vista de Weber— comprender lo social, o sea el sentido del comportamiento y la acción de otros, y por su intermedio explicar causalmente su desarrollo y consecuencias.[2]

En cuanto este análisis esté dirigido al sentido inmanente de la conducta humana, trata de dilucidar este comportamiento indagando acerca del sentido de éste. Debe, por lo tanto, remitirse necesariamente a otros sistemas de conocimiento, diferentes. Puesto que los

* Este ensayo es parte de un trabajo de mayor amplitud y de próxima aparición: "El concepto de Estado, sociológico y jurídico". (Publicado en *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie*, 1921, pp. 104-119).

Nota del traductor: Vertir al castellano un texto de Hans Kelsen representa un desafío mayúsculo, toda vez que la riqueza y profundidad de sus análisis tienen bases sólidas en la precisión de la lengua alemana. Hemos optado por poner entre paréntesis el término alemán, cuando así lo hemos estimado conveniente. Varios de los vocablos utilizados por Kelsen constituyen ya arcaísmos (verbigracia, *perhorreszieren, oktroyieren*). Lo mismo sucede con algunas palabras compuestas (verbigracia, *Anstaltsbetrieb*) que ya no se usan y han perdido, por lo tanto, el significado original. Hasta donde ha sido posible, hemos tratado de "actualizar" el texto para darle cierta fluidez y evitar una mera transcripción. Traducción de Iván Witker, para el Centro de Traducciones de la UAP.

[1] Borrador de la *Economía social* III, tomo, 1ra. parte: *La economía, ordenamientos sociales y los poderes*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1921.

[2] *Economía y sociedad*, FCE (en adelante "E y S"), p. 5.

hombres unen su accionar a algún objetivo, cuando se trata de un quehacer racional, debe corresponder su contenido al contenido de su pensamiento, el que —a su vez— se enmarca dentro de diferentes procesos de pensamiento. Un físico que lleva a cabo un experimento, el comerciante que vende un artículo, efectúan una labor guiada por un saber o pensamiento determinado, situado en un contexto de reflexión. En el primer caso se trata de una ley física, en el segundo de normas jurídicas a las que se debe aplicar la "interpretación". A causa de semejante punto de vista de "comprensión interpretativa" inmanente hay, por consiguiente, un criterio esencial que conduce a una delimitación de la "sociología comprensiva".

Es suficiente constatar que la "comprensión interpretativa" no es en absoluto un asunto específico de la "sociología" postulada por Weber y que tiene un carácter no autónomo, toda vez que esta "sociología" debe recoger su principio interpretativo o, más bien, sus principios interpretativos, de otros ámbitos disciplinarios.

El "sentido" de una acción, en cuyo campo de investigación en que se pone la interpretación de la sociología "comprensiva", no es el objetivo realmente pensado por quien realiza la acción ni aun una idea conceptual en el sentido subjetivo.[3]

En este último caso, la sociología construye un tipo ideal que se corresponda con una acción estrictamente racional, es decir, como esquema de interpretación. Todo lo que sea considerado distinto del fin perseguido —comportamiento humano irracional— será entendido como "desviación" de lo considerado actualmente como racional. Siendo precisos: "comprender" la conducta humana sólo cuando está dominada por el intelecto, es decir, cuando posee un objetivo y está enmarcada en un determinado sistema de objetivos. La "desviación" de un determinado sistema puede significar correspondencia con otro sistema de objetivos. Entonces, se puede "comprender" sólo un determinado sistema de objetivos, vale decir, un contexto lógico. En relación con Weber, esto se puede entender sólo porque el "Estado", en el sentido de la "sociología comprensiva", aparece como "tipo ideal", una construcción conceptual de un quehacer severamente racional, o sea un sistema de objetivos ideado previamente que se puede utilizar como esquema de interpretación del accionar humano. "Comprender" el comportamiento humano, como estado, es posible únicamente conforme con este sistema ideado, "construido". Cuando se analiza el auténtico comportamiento humano en los marcos de este

[3] *Ibidem*, p. 5.

sistema, como esquema interpretativo, se deduce que los hombres en general actúan con propósitos racionales. De no ser éste el caso, surge la "desviación". La "sociología comprensiva" está, tal como lo resalta Weber, orientada al real comportamiento de los hombres. Pero, "comprender" este comportamiento —por lo menos allí, donde se trabaja con tipos ideales— responde al sistema ideal de objetivos únicamente desde el punto de vista del contenido. Finalmente, todo depende de la percepción que se tenga de este sistema de objetivos, y en especial del problema del Estado, tratándose única y específicamente de comprobar cuál de los sistemas de objetivos puede funcionar como esquema de interpretación, es decir, como tipo ideal. Esto parece ser el punto cardinal, a pesar de las enfáticas indicaciones de Weber acerca de la autenticidad del sentido de la sociología.

Los "complejos" sociales *(sociale "gebilde")* en general y el Estado en particular, dice Weber, serían para la interpretación comprensiva del quehacer, a través de la sociología, tan sólo "desarrollo y entrelazamientos de acciones específicas de personas individuales, ya que tan sólo éstas pueden ser sujetos portadores de una acción orientada por su sentido".[4] Lo "específico" de esta acción radica aparentemente en la significación con la que pudiera estar relacionada realmente esa acción, o bien con la que pudiera llegar a estar relacionada mediante la realización de un tipo ideal de acción racional. ¿Cuál es, empero, el sentido de las acciones que le imprimen a una relación el carácter de Estado? Weber nombra un comportamiento de sí *(Sicherhalten)* de varios en una relación social ajustada y orientada, una sobre otra, a su sentido *(Sinn gehalt)* [5] y agrega, en relación específica con el Estado:

> La relación social *consiste* sola y exclusivamente —aunque se trate de "formaciones sociales" como "Estado", "Iglesia", "corporación", "matrimonio", etcétera— en la *probabilidad* de que una forma determinada de conducta social, de carácter recíproco por su sentido haya existido, exista o pueda existir. Cosa que debe tenerse siempre en cuenta para evitar la *sustancialización* de estos conceptos.[6]

La esencia del Estado —a diferencia de la Iglesia o del matrimonio— radica aparentemente en los elementos constitutivos de contenidos específicos de ciertas acciones, y no en acciones mecánico-corpo-

[4] *Ibidem*, p. 12.
[5] *Ibidem*, p. 21.
[6] *Ibidem*, p. 22.

rales, vinculados sólo a contracciones musculares y desconectadas de su "objetivo". El Estado es el sentido específico de ciertas acciones, no cualquier acción o un conjunto de acciones. Ciertamente, es de importancia y valor revisar las posibilidades y probabilidades que realmente tienen lugar cuando se da una acción con sentido. Sólo a través del sentido se diferencian las acciones válidas para el análisis de la naturaleza de los "entes sociales" y, obviamente, sólo a este contenido de sentido debe dirigirse el análisis que pretenda abarcar la naturaleza del Estado, Iglesia, matrimonio, etcétera. Es, por tanto, por lo menos una terminología errática o, cuando menos, una trasposición inadmisible de conceptos, cuando Weber añade: "Un 'Estado' deja pues de existir sociológicamente en cuanto desaparece la probabilidad de que ocurran determinadas acciones sociales con sentido". Aquí Weber ha trastocado la noción de Estado, de un contenido de sentido específico, de una determinada forma de acción orientada con sentido, a una factualidad de acción. El Estado ya no es el sentido de una acción, sino la acción por sí misma y sin sentido, o bien la posibilidad de una acción. Weber ha traído al léxico cotidiano una noción funesta. Habla de una "existencia" del Estado exactamente como de la existencia de un objeto o suceso perceptible sensorialmente, únicamente como sentido, como sistema de objetivos o esquema de interpretación, es como se puede analizar el Estado, según el concepto "acción" de la sociología comprensiva, "existe" el Estado, tanto más tanto menos que el axioma pitagórico: su "existencia" es su validez, y sólo por eso, es radicalmente distinta, de la factualidad de las acciones, que es el sentido de éstas. La existencia esencial, llamada Estado, se comporta como cuando se piensa, pronuncia o dibuja el axioma pitagórico. Y menos aun que las "posibilidades" de que los hombres o algunos hombres elaboren esta ley matemática y logren expresarla de alguna forma, puede el Estado ser identificado con la posibilidad de que una acción se desprenda de su sentido.

Se reconoce que el orden jurídico es un sistema de objetivos o un tipo ideal de acción racional, que bien puede ser aplicado como esquema interpretativo para abarcar cualquier sentido del acontecer social, lo que a su vez, delinea al ente social "Estado". Este puede indicar un ordenamiento jurídico como sentido de todo tipo de acciones, cuyo desarrollo probable Weber denomina existencia del Estado, señalando con ella lo que comúnmente designamos como factibilidad *(Facktizität)* del derecho, en contraposición a su normatividad.[7]

[7] Weber precisa que el desarrollo de una acción, así como la consideración

Se encuentra en Weber, asimismo, la misma tendencia que suele encontrarse en otros. El Estado como realización del derecho, como su implementación. El ordenamiento jurídico es el llamado contenido de sentido de toda acción, cuyas posibilidades de desarrollo implican la existencia sociológica del Estado en Weber. Es, por tanto, el Estado, en esencia, idéntico al ordenamiento jurídico, o, por lo menos, un orden de rasgos definidos, todo lo cual se deduce fácilmente de la exposición de Weber.

Como derecho, explica Weber, entendemos un orden de rasgos definidos.[8] Orden, sin embargo, es un "contenido de sentido" determinado de relaciones sociales. Y este contenido de sentido puede —cuando se tienen todos los elementos en consideración— tal como lo formula Weber, raramente ser caracterizado de manera distinta, pero sí con mayor claridad, utilizando el concepto de Weber, o bien, regla del deber o norma. La "validez" de un ordenamiento, precisa Weber, "significa algo más que una regularidad *(Regelmässigkeit)* en el desarrollo de la acción social simplemente determinada por la costumbre o por una situación de intereses". Naturalmente, y debido a que la sociología "comprensiva" trata el "sentido" de la acción, todo sentido que el actuante vincula a su accionar, o que de alguna manera debe vincular, debiera parecer racional. "La validez de un ordenamiento" radica únicamente, en tanto que el proceso de la acción está garantizado (proceso de una acción orientada al ordenamiento) mediante la "validez" de este último, en el "mandato cuya transgresión no sólo acarrearía perjuicios sino que (normalmente) se rechaza por el 'sentimiento del deber' ", cuya violación no sólo trae consigo desventajas, sino que —normalmente— también es rechazado con repugnancia *(perhorrezieren)* por el racional y valórico 'sentimiento del deber' ". La idea represiva básica expresada en la constante referencia a la factualidad del proceso de accionar es la siguiente: la esencia de lo que nosotros denominamos orden imperante es: norma del deber o deber. Quien actúa así, porque debe actuar así; o sea hay que orientarse a un orden como a un mandato. Los demás planteamientos de Weber son similares. "Al 'contenido de sentido' de una relación

sociológica del Estado, podría tener diversas etapas, exista o no un precepto legal (*E y S*, pp. 22 y 23). ¿Se puede hablar de que un Estado existiese más o menos por el hecho de que se pueda juzgar que se observan mayor o menor cantidad de acciones con arreglo a un sentido determinable en su término medio? Para el Estado, centro de la teoría del Estado, es válida la alternativa, que Weber niega para la sociología y establece para las normas jurídicas.

[8] *E y S*, pp. 23 y 25.

social le llamamos: *a)* 'orden' cuando la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por 'máximas' que pueden ser señaladas". (Estas máximas son, por cierto, análogas a "normas" y representan, por ello, el "ordenamiento"; al comienzo del párrafo se habla de que el quehacer pudiese estar orientado a las suposiciones que se tienen de lo que está vigente en el ordenamiento). Podemos, *b)* hablar de la validez de un determinado orden, cuando la orientación real sigue a todo tipo de máximas, por lo menos... debido a que también son válidas, de alguna manera, para el quehacer, obligatoria o representativamente. En realidad, la orientación del quehacer a un orden, conforme a su naturaleza, tiene lugar por diversos motivos.[9] Pero la circunstancia de que por diversos motivos el ordenamiento sea propuesto como válido, por lo menos por una parte de los actuantes, aumentan las posibilidades naturales de que el quehacer se oriente hacia él en alguna medida. En cuanto más vinculado esté el asunto al sentido de la acción —de acuerdo al concepto weberiano del ordenamiento— pasará a segundo plano el transcurso mismo de la acción. En el fondo, de lo que se trata es de lo siguiente: para que el sentido de una conducta pueda ser considerada como "ordenamiento", tiene el actuante que llevar a cabo una acción conforme a una norma que plantea esa acción como deber. Si ordenamiento, como sentido, es idéntico a norma, es, por tanto, la validez del ordenamiento idéntica a deber. En la noción, que vincula una acción a un ordenamiento, es la "validez" de este último su deber. Aquí la diferencian —más o menos— grandes posibilidades, de que se orienten efectivamente a un ordenamiento. Estas posibilidades encuentran su expresión en una regla del ser con mayores o menores excepciones; yo la denomino —en contraposición a validez— reacción y eficacia de una norma. Se trata nuevamente de una traslación inadmisible de conceptos en Weber, cuando él, precisamente las posibilidades de eficacia, las señala como "validez" del orden, aun cuando caracteriza este orden como sentido y éste, a su vez, como norma del deber. De todas maneras, y así, se observa el carácter normativo del concepto de ordenamiento en la

[9] Por ello no es idéntica, como se presume en el concepto de "sociología", la comprensión interpretativa de un quehacer con fundamentos causales. En cuanto yo utilizo el ordenamiento jurídico como esquema de interpretación, puedo explicar interpretativamente el correspondiente ordenamiento jurídico como ordenamiento jurídico orientado. El principio interpretativo es unitario; los motivos, empero, como también las causas que determinan una conducta humana de acuerdo al ordenamiento pueden ser muy distintas y permanecen en estos métodos interpretativos totalmente desconocidos, siendo, por tanto, indiferentes.

sociología "comprensiva". De este ordenamiento, se dice que está compuesto de "reglas", o más claramente, que contiene normas clasificadas, significando en definitiva tan sólo un acto normativo, un estatuto de normas *(Soll-Satzung von Normen)* por lo que siempre se estará hablando de "cumplimiento" y "violación" del ordenamiento, lo cual no tendría sentido, si "ordenamiento" fuera tan sólo la expresión de la regularidad. Ante todo, sin embargo, el sentido específico del ordenamiento será caracterizado en tanto "exigiese validez", "quisiera ser válido", lo que en definitiva es la descripción psicológica del deber. Este concepto normativo del ordenamiento es uno de los principales componentes sostenedores del sistema de la sociología comprensiva; por ello y puesto que está dirigido y acorde con los métodos específicos del sentido de la acción, o sea que debe transmitir el sentido que vincula al accionante con su acción, es un "deber", una obligación, un "mandato" admitido como tal, ya que además, es una conducta orientada al ordenamiento. Sin esta permanente relación con el sentido sería imposible la sociología, puesto que todo lo social está conforme con el sentido mismo del accionar humano, frente a lo cual las circunstancias específicas o regularidades de la acción en sí tienen únicamente un carácter secundario. En la duplicidad peculiar del objeto de estudio y de la dirección visual se puede aceptar que radique la esencia de la sociología —tan problemática como ciencia o, quizás, por lo menos que allí radique la esencia de la sociología comprensiva.

Por ello no es una pedantería terminológica, cuando en los siguientes pasajes de Weber no concuerda totalmente que:

> Entre la validez y la no validez de un orden no hay para la sociología, como existe en razón de sus fines, para la jurisprudencia una alternativa absoluta. Existen más bien transiciones fluídas entre ambos casos, y pueden valer, como se ha indicado, uno al lado de otro, órdenes contradictorios, en la amplitud en que alcance la *probabilidad efectiva* de una orientación *real* de la conducta por ellos.[10]

Correcto es que la exclusividad de la validez (normativa) de un ordenamiento se enfrenta con la compatibilidad que existe entre dos ordenamientos distintos (con mayor precisión: de la presentación, de la proporción y del accionar de acuerdo con dos ordenamientos distintos). Incorrecto es, por el contrario, que para la sociología comprensiva la validez de un deber en un ordenamiento y, por consiguiente, el

[10] *E y S*, p. 26.

concepto normativo del orden, sea necesario definitivamente tomarla en consideración y, por tanto, exprese su diferenciación respecto de la jurisprudencia. Esta diferencia, que Weber, de manera característica, no puede resaltar con la frecuencia suficiente, es altamente dudosa. La sociología "comprensiva" debe ser también jurisprudencia, o bien ver con ojos de juristas para poder —en resumidas cuentas— ver, ya que el sentido de la acción social, que ella transmite, es frecuentemente el derecho. Así debe ser, sobre todo si se propone comprender el fenómeno del Estado.

Un "orden" es "Estado", de acuerdo con Weber, "cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión".[11] La diferencia de esta definición sociológica del derecho, de la jurídica usual, es difícil de matizar. La acentuación de la circunstancia "posibilidad" se pierde en cuanto el concepto de derecho adquiere bases reales y concretas, o sea de contenido de norma. Llama la atención que esta definición sociológica del derecho no sea suficiente en absoluto para calificar al derecho como ordenamiento de coacción, sino que "para nosotros, la decisión en el concepto de 'derecho', es existencia de un cuadro coactivo".[12]

> Una relación social... se llama "abierta" al exterior cuando y en la medida en que la participación en la acción social recíproca que, según su sentido, la constituye, no se encuentra negada por los ordenamientos que rigen la relación... Por el contrario, llámase "cerrada" al exterior cuando y en la medida en que aquella participación resulte excluida o sometida a condiciones.

El derecho debe, aunque no se haya dicho directamente, ser examinado como una relación social "cerrada". En caso de que el conjunto tenga un determinado carácter, o sea cuando la participación en las relaciones sociales esté regulada, se denomina —según Weber— "compañeros" a todos los involucrados.[13]

> Por asociación *(verband)* debe entenderse una relación social con una regulación limitadora hacia afuera cuando el mantenimiento de su orden está garantizado por la conducta de determinados hom-

[11] a.a.O.S. *E y S*, p. 27.
[12] *E y S*, p. 28.
[13] *Ibidem*, p. 35.

bres destinada en especial a ese propósito: un *dirigente* y, eventualmente con *cuadro administrativo* que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo.[14]

Sin embargo, en la definición conceptual de asociación falta una mención concreta al momento de coacción y, en este contexto, al "cuadro de coacción". Pero las siguientes descripciones de Weber no dejan lugar a dudas, respecto a que el "cuadro administrativo" es un "cuadro de coacción". La existencia de un jefe, cabeza de familia, presidencia de una asociación, gerente, príncipe, jefe de Estado, personero eclesiástico, cuya acción está orientada a la realización del orden asociativo debe ser suficiente, puesto que esta acción específica, de hecho añade una nueva característica —sociológicamente— a los integrantes de la "relación social" cerrada, a través de un accionar orientado no sólo al ordenamiento, sino a la coacción. Realización" e "imposición coactiva" del orden, a través de un cuerpo determinado (desde el punto de vista sociológico: erigido para ello), son idénticos. Asimismo, tiene importancia, el concepto de "acción de la asociación", que significa la acción del cuadro administrativo mismo y, además, toda otra que, siendo para la asociación, esté *dirigida* y plenamente planeada por el cuadro administrativo".[15] Una acción vinculada a una asociación es una "acción orientada al ordenamiento de esa asociación", por parte de hombres-partícipes (exceptuando al cuerpo directivo). Un ordenamiento que reglamente la acción de la asociación debe ser llamado ordenamiento administrativo. Otro tipo de ordenamiento, que reglamente otro tipo de acción social, debe ser llamado ordenamiento regulador. En cuanto una asociación esté orientada exclusivamente a un ordenamiento del primer tipo debe ser llamado asociación de carácter administrativo, y en tanto que orientada al segundo, asociación de carácter regulador.[16] En primer lugar es necesario constatar que el derecho debe ser ordenamiento administrativo, toda vez que regula el accionar del cuadro de coacción, que es un cuerpo de dirección y, por ende, supervisa el accionar de la asociación. El ordenamiento jurídico es un ordenamiento administrativo, mientras que una asociación jurídica, es una asociación administrativa. Por ello es necesario subrayar con absoluta precisión, que la diferenciación establecida por Weber, entre ordenamiento administrativo y regula-

[14] *Ibidem*, p. 39.
[15] *Ibidem*, p. 40.
[16] *Ibidem*, p. 41.

dor, es inviable. Otra acción social reglamentada por un ordenamiento es el del cuadro de coacción. Sólo así, el ordenamiento jurídico reglamenta el accionar de un juez o funcionarios del ejecutivo, reglamenta el comportamiento de un deudor que debe devolver un préstamo. Justamente, la conducta del deudor es la que parece tener entre cejas Weber cuando habla, aparte del cuerpo administrativo y de la acción vinculada a la asociación de un accionar reglamentado por la asociación: "El orden vigente puede también contener normas por las cuales debe orientarse entre otras cosas la conducta de los miembros de la asociación (por ejemplo, en el Estado toda acción de economía privada —es decir, no dirigida por la imposición coactiva del orden vigente— debe regularse por el derecho civil)".[17] Únicamente las normas del derecho civil no pueden separar de las normas ejecutivas sus normas de coacción; ellas representan, sólo en sustancial conexión con ellas, normas jurídicas, y sin ellas son tan sólo fragmentos jurídicos, precisamente, porque el derecho, incluyendo el derecho civil, es en su esencia un ordenamiento de coerción. Y puesto que toda norma jurídica, como última unidad de un ordenamiento jurídico, contiene las características de todo derecho, esto significa que debe exhibir todas las características del derecho (tal como una pepita de oro exhibe las características de ese metal), cada norma jurídica debe contener el momento coercitivo y, por lo tanto, debe aquello reflejarse en la redacción jurídica. Es, por tanto, indefendible una división entre el derecho material y formal (derecho procesal de ejecución), tan fácil de encontrar. Esta falsa concepción jurídica es, ante todo, el núcleo de la teoría weberiana, cubierta por una terminología sociológica, que diferencia entre acción ligada a una asociación o regulada por una asociación, entre ordenamiento administrativo y ordenamiento regulador, entre asociación administrativa y asociación reguladora.

En el intento por ilustrar esta diferenciación, mediante un ejemplo, se produce una turbación de conceptos. Una "asociación *únicamente reguladora* sería 'Estado de derecho' puro de un absoluto *laissez-faire*, sólo teóricamente imaginable". Estado de derecho es, de acuerdo al significado semántico tradicional, un ordenamiento que se limita a reglamentar la conducta de los tribunales, o sea de un cuerpo directivo o coactivo: debería, por tanto, una asociación administrativa no tener la calidad reguladora, de acuerdo a la definición weberiana (que por ello sea también un ordenamiento regulador —que reglamente la

[17] *Ibidem*, p. 40.

conducta de los socios— ¡es aquí secundario! A la exposición de Weber parece habérsele deslizado —involuntariamente— una noción de administración distinta a la de él (en todo caso creada arbitrariamente); se trata del concepto de administración, usual en la jurisprudencia: administración *(Verwaltund)* en contraposición a jurisdicción, estado de derecho en contraposición a jurisdicción civil, a la jurisdicción contencioso-administrativa *(Verwalturngsgerichtsbarkeit)*, a la jurisdicción criminal *(Strafgerichtsbarkeit)* y no en contraposición a otras funciones desempeñadas por el Estado.

Es evidente que también en este tipo de funciones se trata en definitiva de coerción directiva, que se lleva a cabo no sólo a través de juzgados, sino de coerción practicada por autoridades organizadas de otra forma. La tradicional y sistemática confusión de la jurisprudencia, que se origina en el momento formal en que la coerción se entrecruza con la consecuencia material que se desprende de la amenaza de coerción, y en especial al expresar una indefendible separación entre el llamado derecho público y el derecho privado, lo encontramos en Weber traspuesto al terreno de la sociología. "En general... el límite de los *órdenes administrativos* y *reguladores* coincide con la separación dentro de una asociación política, entre derecho 'público' y 'privado' ".[18] La sociología comprensiva conforma su universo conceptual en estrecha relación con la jurisprudencia.

Se denomina esta empresa *(Betrieb)* un determinado tipo de acción, de propósito continuo, mientras que asociación de empresa *(Betriebverband)* a la socialización de un cuerpo directivo de propósito continuo.[19] Por lo tanto, el derecho debe tener validez para una asociación de empresa, puesto que a la luz de un análisis concreto parece obvia la continuidad de la acción de asociación, incluida la coacción.

> Por *instituto (Amstalt)* debe entenderse una asociación cuyas ordenaciones estatuidas han sido "otorgadas" y rigen de hecho (relativamente) con respecto de toda acción que con determinadas características dadas tenga lugar en el ámbito de su poder.[20]

Se denomina "otorgada" a *toda* ordenación que "no derive de un pacto personal y libre de todos los miembros".[21] El ordenamiento es, por tanto, el marco —en cuanto adquiere forma de estatuto— de una

[18] *Ibidem*, p. 42.
[19] *Idem.*
[20] *Idem.*
[21] *Ibidem*, p. 41.

institución vinculada a la continuidad de la labor del cuerpo directivo: un establecimiento institucional *(Anstaltsbetrieb)*. (Dicho sea de paso, parece arbitrario hacer depender el carácter de la institución de su modo de formación: estatutos o usanzas. De acuerdo con la tradición, no es de acuerdo a los estatutos que se otorga, precisamente, sino que lo es acorde a la usanza).

"Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas".[22] Puesto que todo ordenamiento —de acuerdo con su esencia— parece un mandato, considerando su orientación debería ser tomado como ordenamiento de dominio, en el más estricto sentido y, especialmente, las asociaciones deberían ser tomadas como asociaciones de dominio. Weber dice únicamente: una asociación es siempre en algún grado *asociación de dominación*,[23] en virtud de la existencia de un cuerpo directivo y, por lo tanto, una asociación de dominio debe ser auxiliada por el derecho.

En la noción de "asociación política", en general y en la de Estado, en particular, culmina la pirámide conceptual de la sociología comprensiva. Una asociación política puede denominarse asociación de dominio, cuando y en tanto sean garantizadas continuamente sus permanencia y validez en un espacio geográfico, declarado, a través de la utilización y amenaza de coacción psíquica, por parte del cuadro administrativo.[24] El derecho es, por tanto, cuando menos por regla, una entidad política, puesto que el órgano de coerción garantiza la permanencia y la validez del orden jurídico, sólo dentro de un "ámbito geográfico determinado", o sea con limitaciones de espacio. Por esto y debido al limitado radio de acción, es inevitablemente una fuente empírica de poder. No se debe olvidar que Weber desea mantener a la vista la realidad y, obviamente, debe excluir la acción ilimitada. En general, cualquier limitación espacial de la validez es incompatible con un concepto puramente normativo del derecho.

El Estado puede ser denominado *instituto político* cuando y en tanto su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio de la legítima coacción física para el mantenimiento del orden.[25] Y así, derecho es idéntico a Estado, por lo menos Estado entendido como ordenamiento jurídico.

[22] *Ibidem*, p. 43.
[23] *Idem*.
[24] *Idem*.
[25] *E y S*, p. 43.

Puesto que, "el monopolio de la legítima coacción física" debe ser pretendido por el cuerpo de coacción, "monopolio" es únicamente la imagen de "soberanía", tomada de la economía; por lo tanto, el ordenamiento jurídico aparece, conforme a su esencia, como un ordenamiento soberano. En otro contexto, yo he comprobado que este "carácter de monopolio" es la cualidad de todo sistema autónomo de normas.[26] Lo mismo vale para los atributos de la legitimidad. De acuerdo con su esencia todo orden debe ser considerado "legítimo". En esto radica la noción de tener-validez, tanto fáctica como normativamente. Por lo demás, el mismo Weber identifica "legitimidad" con "ejemplaridad" u "obligatoriedad" *(Vorbildlichkeit oder Verbindlichkeit)*,[27] o sea con un factor sustancialmente inherente al concepto de ordenamiento, subordinando el derecho a la categoría de ordenamientos, cuya legitimidad esté garantizada.[28]

Weber establece la imposibilidad de definir una asociación política mediante las indicaciones del propósito de su accionar como tal y manifiesta la necesidad de definirla mediante los medios, que de acuerdo a las circunstancias, han ascendido a objetivos en sí mismo, lo cual no es sólo característico de ella, sino, ante todo, específico e imprescindible a su naturaleza: la violencia, esto es, la coerción.[29]

Y agrega: se recomienda definir el concepto de Estado, toda vez que se trata de una noción moderna, pero siempre imbuidos de la abstracción, necesaria hoy, para captar los objetivos en su dimensión de variabilidad de contenido. Al Estado de hoy le es característico un ordenamiento administrativo y uno de derecho, los cuales son mutables en sus preceptos, a los que se orienta el ejercicio de la acción de la asociación y cuya validez se pretende no sólo para los miembros, sino que para toda acción en el terreno de dominio (o sea: para las instituciones del territorio).

Empero, existe hoy sólo violencia "legítima" en función de lo que el orden estatal permite o indica (por ejemplo, el derecho de corrección que hoy tiene el jefe de familia es un resto de lo que se le toleraba antaño: mantener su sitio, autolegitimarse y disponer de la vida y muerte de un niño o esclavo). Este carácter monopólico del poder

[26] Comparar mi estudio "Problema de la soberanía y teoría del derecho internacional", 1920, p. 187.
[27] *E y S*, p. 25.
[28] *Ibidem*, p. 27.
[29] *Ibidem*, p. 44.

estatal es una peculiaridad muy propia de la situación actual, igual que su carácter de *instituto racional* y de *empresa continuada*.[30]

De este análisis crítico de los conceptos básicos de la "sociología comprensiva" se desprende que Weber no debió mostrarse precavido, dejando abierta la cuestión de la relación Estado-derecho. Para el Estado es característico un ordenamiento administrativo y uno jurídico. Toda la construcción del universo conceptual weberiano impulsa a la percepción siguiente: el Estado es un ordenamiento jurídico.

De esta manera, se descubre a la sociología del Estado como doctrina jurídica. La significación primaria, realmente básica del concepto normativo del derecho, se encuentra firmemente adherida al método de la sociología comprensiva, puesto que está dirigida al sentido de la acción y se pone de relieve allí, donde la investigación apunta hacia el Estado, como el pensamiento del derecho, como norma coactiva. En este sentido inmanente debe abstraerse la sociología comprensiva, debe hacer suyo el punto de vista específico del análisis jurídico, debe poder interpretar las acciones. En este sentido jurídico inmanente, específico, todo lo que la sociología puede decir sobre la naturaleza del Estado, está concluido. No se trata por tanto, de unas palabritas más, aparte de lo que la teoría jurídica normativa enseña. La sociología añade la pregunta de bajo qué condiciones y en qué medida es posible una acción orientada a un ordenamiento jurídico denominado "Estado", o sea a una ideología determinada. Así, la sociología se traslada a distintas esferas del conocimiento jurídico normativo. Pero este problema tiene un carácter secundario, es decir, se puede plantear luego del establecimiento de la esencia. Dilucidar este asunto está en íntima relación con la naturaleza de ese ente social llamado "Estado".

Cuán decisivo es el punto de vista jurídico-normativo para el conocimiento del Estado, lo demuestran las recién mencionadas citas de Weber.

El "carácter monopólico" del Estado, o del ordenamiento coactivo estatal, significa, traducido al lenguaje jurídico: la soberanía del Estado está dada naturalmente sólo para el ámbito de la reflexión jurídica. Es correcto decir que existe sólo una coacción legítima que el orden estatal permite o indica. Sociológicamente, o sea en el análisis de la conducta humana real "hay" de hecho junto a la coacción estatal, dentro del ámbito jurídico del orden estatal de coacción, otro tipo de coacciones legítimas, vale decir actos coactivos que orientan a los

[30] *Ibidem*, p. 45.

hombres a otro tipo de ordenamientos distintos del jurídico. El propio Weber resaltó esta diferencia entre un análisis jurídico y uno sociológico [31] y reconoció que la exclusividad de la validez de un ordenamiento está dada sólo en sentido específicamente jurídico, esto significa en sentido normativo, mientras que la eficacia, en el terreno de lo real, es posible simultáneamente en dos graduaciones en el interior de un ordenamiento.

A este respecto, no obstante, no se debería pasar por alto que todo el problema de competencias de ordenamientos, tiene sentido desde el punto de vista normativo, y en la esfera del conocimiento del ser aparece secundario y totalmente desnaturalizado, porque no se vincula más a un ordenamiento válido, sino al significado de ordenamientos y a un quehacer motivado por él. En cuanto Weber considera debidamente el carácter monopólico como esencia del Estado, concibe el Estado fundamentalmente como ordenamiento jurídico normativo.

[31] Véase nota 7.

# ACERCA DE LAS FRONTERAS ENTRE EL MÉTODO JURÍDICO Y EL SOCIOLÓGICO *

Hans KELSEN

## I

Cuando me permito dirigir su atención a las fronteras entre el método jurídico y el sociológico estoy plenamente consciente de las dificultades e incluso de los inconvenientes que pueden surgir en un cometido de esta índole. Llevar a cabo investigaciones metodológicas como fin en sí mismo, es decir, enfocar especulaciones lógico-formales meramente en el "cómo" del pensamiento científico sin contemplar el "qué", el contenido concreto, puede ser de valor problemático. De todas maneras tales análisis no son muy preciados ni en el ámbito jurídico ni en el sociológico, y no son, por lo tanto, demasiado frecuentes. Y si el método le es a la ciencia algo así como la técnica al arte, entonces se justificará —y no sin razón— a cualquier investigador especializado que no se preocupe demasiado por la metodología de su disciplina, aduciendo la observación de que tampoco los artistas que ignoren su técnica son los peores. Quizás se puedan obtener resultados realmente correctos, guiándose por un instinto, sin recordar una y otra vez el camino que ha de llevar, él solo y únicamente, a destino; quizás ni siquiera se trate de un sendero único o predeterminado que condiciona la obtención de determinados conocimientos científicos; tal vez la relación entre la meta y el camino que conduce hacia ella sea justa-

* El presente trabajo constituye la reproducción ampliada de una conferencia que pronuncié en el invierno de 1911 en la Soziologische Gesellschaft en Viena. En gran parte está constituido por extracciones de mi libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebek), 1911. Tómese esta obra —que trata el problema metodológico propuesto en forma detallada— por referencia para completar aquellas partes en las que el discurso, cuyo estilo fue mantenido aquí en principio, solamente pudo esquematizar los razonamientos, debiendo prescindir de la exposición amplia de las vinculaciones complexivas. Esta aclaración vale también especialmente para las indicaciones bibliográficas, con respecto de cuyo pesado aparato no existía ninguna motivación para que fuera incorporado al texto.

mente la inversa: no es el camino el que lleva hacia la meta, sino la meta la que se abre un camino no determinado. O bien puede ser válida aquí la profunda expresión de Hamerling, que resuena en los oídos de la psique quien busca a su Eros perdido preguntando a diestra y siniestra: ¡lo que te lleva hacia Dios no es el camino, es el caminar! [1]

Tanto sé que me encuentro lejos de sobrevalorar la problemática del método en general, como estoy seguro de que ella reviste —en una determinada dirección— la mayor importancia. Me estoy refiriendo a las zonas linderas de aquellas disciplinas que se encuentran en contacto en relación con su sujeto, pero que están separadas en razón de las diferencias en sus modos de abordarlo. En esta región casi no se podrá prescindir de la brújula confiable que constituye un método científico, sin correr el riesgo de abandonar por descuido el ámbito de la propia disciplina e incursionar en el de otra; es decir, tratar de contestar una pregunta con los instrumentos habituales de la ciencia cuyo sostén se ha perdido, pregunta que ya se ha formulado —conforme a la dirección modificada— sin saberlo, en el sentido de una disciplina totalmente diferente, la que a su vez trabaja con sus medios específicos. Es obvio que no pueden corresponderse mutuamente la pregunta y la respuesta, que este sincretismo de los métodos, en relación al cual todavía brindaré algunos ejemplos, no puede conducir a resultados científicamente sostenibles.

En forma muy especial dentro del amplio círculo de las ciencias sociales, existen regiones en las que dos disciplinas se topan, se entrecruzan, sin que haya límites —comparativamente hablando— "naturales", es decir, dados en el objeto mismo, que separen una región de otra. Sólo las barreras "artificiales" que frecuentemente pueden ser percibidas únicamente merced a complicadas investigaciones metodológicas, pueden precaver aquí de extravíos.

Hoy he elegido una región fronteriza de este tipo como objeto de mi conferencia; ella se encuentra entre la ciencia del derecho y la sociología.

Al hacerlo, debí efectuar una restricción de mi tema en varias direcciones. Ante todo, no quiero analizar de ninguna manera todos los límites existentes entre el método jurídico y el sociológico. Deberá elegirse solamente una frontera, si bien —según mi opinión— es una frontera muy importante.

[1] *Amor y Psique*, canto IV.

Luego, había que tener en cuenta que las investigaciones metodológicas no son apropiadas de ninguna manera, debido a su naturaleza sumamente abstracta, justamente para una conferencia. Debería poseerse una capacidad de representación totalmente fuera de lo común, una imaginación ubérrima en imágenes vivientes y en comparaciones plásticas, para evitar el peligro de agotar antes a los oyentes que el tema. Pienso, por lo tanto, que lo apropiado será desarrollar las cuestiones metodológicas que habremos de analizar, sobre la base de un caso concreto, que me parece ser especialmente idóneo para una ejemplificación. He elegido a tal efecto la *cuestión de la voluntad*. El concepto de voluntad desempeña una función en la construcción jurídica que no es menor que la que posee en la sociología, y aquí, en la psicología social. Es solamente este campo de la sociología el que mantengo entre ojos cuando trazo la línea divisoria con respecto a la jurisprudencia. En especial me refiero a la *voluntad general*, la que es importante en el derecho social, sobre todo en el derecho estatal y que conforma simultáneamente el objeto de las investigaciones sociológicas, es decir, psicosociales. Pero también la voluntad individual constituye un importante elemento constructivo de la jurisprudencia vigente. Asimismo la psicología social, en cuanto debe captar las relaciones espirituales de los diferentes hombres vinculados socialmente, no puede dejar de referirse a esta voluntad individual, o sea, convertirse en psicología individual. Así es que la frontera que estoy buscando habrá de servir también respecto de la psicología individual.

Ruego que aun se me permita destacar en relación con esto, que iniciaré la anunciada *actio finium regundorum* desde el lado *jurídico*. Fundamentalmente me importa liberar la *construcción conceptual jurídica* de determinados elementos que son de carácter sociológico y que fueron introducidos únicamente debido a un planteo erróneo del problema. Es por ello que mis resultados querrán ser positivos únicamente para la jurisprudencia. Espero obtener un rédito para la sociología en la medida en que quedará evidenciado el origen específicamente jurídico de determinados conceptos con los que opera la sociología y que pueden llegar a ser aquí una fuente muy peligrosa de error, justamente debido a su estructura, la que descansa sobre un cuadro completamente distinto de análisis.

La contraposición entre sociología y jurisprudencia, que da lugar a las consideraciones siguientes, es la existente entre ser y debe ser. Tal como puedo afirmar acerca de algo que es, puedo decir también que debe ser, y he manifestado en ambos casos algo completamente

distinto. Ser y debe ser son determinaciones generales del pensar mediante las cuales podemos percibir todos los objetos. Simmel [2] comenta acertadamente: "El debe ser es una categoría, que al sumarse al significado objetivo de la representación, le asigna una función determinada para la praxis, tal como ésta obtiene una función tal para la representación concomitante del ser, del no ser, del ser deseado, etcétera". Tal como el ser, el debe ser es una categoría originaria y, de la misma manera como no puede describirse qué es el ser o el pensar, tampoco hay una definición del debe ser.[3] "El debe ser es un modo del pensar como lo es el futuro y el pretérito o como el subjuntivo y el optativo".[4] La diversidad esencial de ambas concepciones hace aparecer al ser y al deber ser como dos mundos separados. "Del hecho de que esto *es*, se sigue seguramente, que aquello *fue* o que *habrá de ser*, pero nunca jamás que otra cosa *deberá ser*. Algo puede tener carácter de *deber ser* y sin embargo antes no haber sido, ni ser ahora, ni en el futuro".[5] El deber ser, si bien va hacia un ser (su meta es un ser, algo *debe ser*), sin embargo el debe ser es algo diferente que el ser.

No puede perjudicarse tampoco la independencia recíproca del debe ser con respecto al ser por el hecho de producirse desde un punto de vista especial, que más adelante caracterizaremos con mayor detalle, determinadas interrelaciones entre ser y debe ser. La oposición de ser y debe ser es lógico-formal y mientras que uno se mantenga dentro del límite de las consideraciones lógico-formales, no habrá camino que conduzca del uno al otro; los dos mundos se encuentran separados por un abismo insalvable. La pregunta por un por qué de un debe ser concreto, puede llevar en la lógica solamente hacia un debe ser, tal como la pregunta por el por qué de un ser obtiene siempre únicamente una respuesta del ser. También aquí puede señalarse la correcta representación que dio Simmel del planteo:

> El ser en general no puede ser demostrado, solamente puede ser experimentado y sentido y por ello no puede ser deducido a partir de meros conceptos, sino sólo a partir de tales en los que el ser ya fue incorporado en alguna parte. El deber ser se comporta en forma similar. Que debamos algo siempre puede ser demostrado única-

[2] *Einleitung in die Moralwissenschaft (Introducción a la ciencia de la moral)*, Berlín, 1892, p. 8.
[3] *Ibidem*, p. 8.
[4] *Ibidem*, p. 9.
[5] Kitz, *Sein und Sollen (Ser y debe ser)*, 1869, p. 74.

mente, si *es que ha de ser demostrado lógicamente,* por atribución a otro deber ser *presupuesto* como seguro; considerado en sí, se trata de un hecho primigenio que podemos cuestionar quizás en forma *psicológica,* pero *ya no en forma lógica.*[6]

Y de igual manera la supresión de un debe ser puede ser justificada a su vez solamente por un deber ser.

No es una consideración de tipo lógico-formal sino una consideración psicológico-histórico-materialista la que muestra que en forma regular o por lo menos con suma frecuencia, el *contenido* de un debe ser es también el *contenido* de un ser específico; que vale por un debe ser lo que en forma determinada sucede o sucedió efectivamente. Lo que se denomina la "fuerza normativa de lo fáctico",[7] es justamente aquel hecho psicológico-histórico, por el cual al individuo se le aparece como deber, lo que por regla general y desde hace tiempo fue observado por todos o por la mayoría. Y se presenta un hecho analógico cuando un deber concreto se ha borrado de la conciencia de los hombres, cuando un comportamiento determinado ha perdido en la imaginación de los sujetos el carácter de lo debido, cuando no es ejercitado continuamente y por la mayoría. Tal como un ser calificado se vuelve contenido de un deber ser, tal como se forma *psicológicamente* un debe ser por medio de un ser calificado, así se pierde el contenido de un deber ser por un No-Ser calificado, así se destruye psicológicamente un deber ser por un No-Ser calificado. Con todo, siempre se debe ser consciente de que este tipo de análisis, en la medida en que deriva el deber ser del ser, ya no toma el deber ser como lo opuesto al ser en ese sentido lógico-formal. El deber ser se manifiesta aquí, desde el comienzo, efectivamente más bien *como un caso especial del ser.* Pues, ¿a qué cosas da una respuesta este conocimiento de la fuerza normativa de lo fáctico? ¿Qué es lo que se puede *explicar* con él? Procesos fácticos, ya sean de tipo externo o de tipo interno. Se explica por qué se dirigen determinados preceptos a los individuos, aquel proceso fáctico, aquellos actos psíquicos especiales de la voluntad en los que se dirigen determinados órdenes (normas) a los otros; y además: los actos de la voluntad psíquico-reales de aquellos que se someten a estos preceptos, que los toman por hilo conductor de su propio accionar; y finalmente: estas acciones con-

[6] *Ibidem,* p. 12.

[7] Jellineck, *Allgemeine Staatslehre (Teoría general del Estado),* 2a. ed., 1905, pp. 329 y ss.

formes a las normas mismas. Todo este querer y hacer no es sin embargo un deber —en sentido lógico-formal— sino un ser, un acontecer efectivo psicológico o corporal, es el contenido de un deber ser, pero no el deber ser propiamente dicho, que solamente es una forma. Tal como se trata de derivar histórico-psicológicamente el deber ser, de acuedo a su contenido del ser, así se intenta explicar el ser a partir de un deber ser cuando se hace basar el mundo sobre el mandamiento de constitución de un creador supraterrenal. Es la misma necesidad psicológica de delimitación que hace comenzar aquí la cadena lógica infinita del ser con un deber ser y que finaliza allí la cadena lógica igualmente infinita del deber ser con un ser. Es muy significativo el hecho de que la pregunta por el comienzo y el fin, por la creación y destrucción del deber ser, pueda ser respondida solamente en tanto se pueda pasar del mundo del deber ser al del ser; que al formular la misma pregunta en relación con el ser se penetre en el mundo del deber ser. Se muestra aquí claramente que la pregunta por la creación y destrucción del ser cae igualmente fuera de la contemplación del ser y de su método gnoseológico explicativo (causal) específico, tal como la pregunta por la creación y la destrucción del deber ser ya no está ubicada en el plano de observación dirigido sólo al deber ser ni dentro del método gnoseológico normativo.

Si se toma el deber ser en un sentido estrictamente lógico, como forma en contraposición total al ser, entonces no debe identificársele con ninguno de sus contenidos, no se deberá dar ningún ser, de cualquier tipo que fuere, por un deber ser. No se deberá hacer valer, sobre todo, el de deber ser por un querer, o sea, hacer valer un proceso psíquico-real, lo que, por cierto, sucede a menudo. El querer forma parte del ser, es un acontecimiento psíquico y por ello algo diferente en esencia del deber ser. El querer no puede ser un deber como tampoco lo es el actuar. Porque el querer puede constituir el contenido de un deber ser, como el actuar, pero nunca puede ser el deber ser mismo. Tal como deber actuar, puedo deber querer. Puedo querer algo sin deberlo. Puedo deber algo sin quererlo. En esto se me puede volver consciente perfectamente la contradicción entre mi querer y mi deber. La conciencia de deber ser debe separarse, por principio, del querer. Y eso aun cuando quiero lo que debo; tanto más, cuando quiero a pesar consciente de que lo contrario es lo debido. Finalmente: puedo *querer* lo debido, pero no puedo *deber* lo debido, lo que resulta ser en lo lógico tan sin sentido como: *querer* querer.

La oposición entre ser y deber ser es decisiva para la distinción de principios de todas las ciencias de las que ya me he valido en lo que precede transitoriamente. Sobre la oposición entre ser y deber ser se basa la división entre disciplinas *explicativas y normativas,* entre ciencias causales y normativas. Puesto que mientras unas disciplinas se dirigen a lo dado efectivamente, al universo del ser, a la *realidad,* las otras lo hacen hacia el universo del deber ser, a la *idealidad.* Mientras que las primeras, las ciencias causales explicativas, tienen como tarea mostrar el comportamiento real de las cosas en su relación causal necesaria por naturaleza, es decir desean dar una *explicación* del acontecer real, el fin de las últimas, las así llamadas ciencias normativas o disciplinas normativas, es el acontecer —no lo que realmente acontece sino lo que *debe* acontecer; construyen reglas que prescriben un comportamiento, que exigen un ser o no-ser, es decir, que fijan un deber ser. Mientras que las disciplinas explicativas o ciencias causales están empeñadas en lograr Leyes de la Naturaleza, según las cuales los procedimientos de la vida real realmente acaecen y *deben* acontecer por la ley natural sin excepción, constituyen meta y objeto de las disciplinas normativas, que de ninguna manera desean *explicar* ningún hecho real, meramente las normas, según las cuales *debe* acontecer algo (hipotéticamente) pero que de ninguna manera debe acontecer (necesariamente), es más, que quizás efectivamente no acontezca.[8]

Forman parte de las ciencias causales o explicativas sobre todo las ciencias naturales, y también las ciencias históricas; entre las disciplinas normativas se cuenta con la ética, la lógica, la gramática.

Creo que prácticamente no encontraré oposición si considero ahora a la sociología, como ciencia natural de la sociedad humana, empeñada en hallar las leyes naturales de la convivencia social, que se esfuerza en explicar el hecho social tal como acontece efectivamente en la realidad; si llamo a esta sociología ciencia causal explicativa. No ocurre lo mismo si califico a la jurisprudencia como disciplina normativa[9] porque puede escurrírseme con facilidad una mala interpretación, que quisiera prevenir inmediatamente. Es que podría pensarse que de esta manera le habría asignado a la jurisprudencia como tal una función normativa, normadora, independiente de la función de la ley positiva; y con toda razón debería negársele entonces a la jurisprudencia un carácter normativo en este sentido. Pero esto no es así.

[8] *Cf.* Wundt, *Ethik,* 3a. ed., Stuttgart 1903, pp. 1 y ss.

[9] *Cf.*, al respecto mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado),* pp. 6 y ss.

Es cierto que como "normativa" debe valer —en el sentido primitivo de la palabra —la actividad que dicta normas para el comportamiento de un sujeto en forma *autoritaria;* normativa en este sentido originario es meramente la imposición de preceptos y prohibiciones obligatorios por parte de un poder fáctico gobernante. Como se trata en este caso de una función de la *voluntad,* no de una función del pensar, nunca una ciencia en este sentido originario de la palabra puede ser denominada normativa. El legislador moral no es la disciplina teórica denominada "ética" sino la conciencia humana o la voluntad divina o alguna otra autoridad pensada como dotada de voluntad. No es la ciencia de la gramática el poder que imparte las órdenes lingüísticas sino la comunidad social que modula el uso lingüístico. Y así es que tampoco la jurisprudencia es normativa en el sentido de una potencia legisladora. En éste, como en otros casos en los que se habla de disciplinas normativas, el término en cuestión debe ser usado más bien en un significado derivado. Debe caracterizar no una forma especial del querer, sino una forma especial del *pensar,* una forma particular de consideración, que se diferencia de la de otras ciencias por su dirección específica, y que puede ser llamada normativa porque está orientada hacia el mundo del deber ser por ser su meta la captación de normas. Si en especial la jurisprudencia es agrupada junto a las disciplinas normativas, deberá comentarse al respecto, además, que la jurisprudencia, a la que no le compete de ninguna manera explicar cualquier hecho real en forma causal, puede extraer el contenido de las normas o del deber, al cual se dirige su atención, no como lo hacen los teóricos del derecho natural, a partir de la naturaleza de la cosa o de la razón innata, sino sólo exclusivamente a partir de las leyes positivas.

Naturalmente, al hablar de jurisprudencia como de una disciplina normativa no tengo presentes todas las ciencias, que difieren metodológicamente mucho entre ellas, que se conocen por el nombre colectivo de jurisprudencia. La historia del derecho, como disciplina histórica, evidentemente está excluida de esta denominación y debe ser sumada a las disciplinas explicativas. Por jurisprudencia propiamente dicha entiendo aquí solamente la jurisprudencia dogmática, e incluso acudo a ella sólo en la medida en que trata de establecer los principios jurídicos que constituyen dogma jurídico en general.

La frontera importante entre el método jurídico y el sociológico, que resulta de la diversidad de las formas de ser consideradas ambas ciencias, en la medida en que una se dirige a un ser determinado, a saber,

al hecho social, y la otra a un deber ser determinado, a saber, el legal, esta frontera es la que los juristas se sienten tentados a cruzar cuando, más allá del reconocimiento de un deber, más allá de las normas legales, aspiran a dar una *explicación* del hecho efectivo que ha de ser reglamentado por esta norma jurídica. Así como es tan psicológicamente comprensible una tendencia que procura alcanzar la realidad, tendencia en la que por cierto se manifiesta solamente la disposición común del espíritu humano, que se dirige con mayor facilidad y gusto a la realidad que a la idealidad, así como es tan decididamente justificada y necesaria una explicación de los procesos interhumanos reales, así también es tan improcedente intentar esta explicación con medios que por su naturaleza no pueden brindarla por estar diseñados como instrumentos de una consideración específicamente normativa, lo cual significa que ellos no están dirigidos hacia una explicación del hecho real sino a la captación de un deber ser.

## II

Un ejemplo de esta amalgama ilícita entre el punto de vista normativo y el explicativo, de este sincretismo equivocado de los métodos, lo brinda el derecho natural. Con el encuadre y la técnica de una disciplina fundamentalmente jurídica se intenta resolver aquí problemas que trata actualmente la sociología, y puede catalogarse francamente como características del derecho natural el que una pregunta formulada en forma sociológica sea respondida con una construcción jurídica. Es así como el problema de la constitución del Estado es solucionado en todas las doctrinas de derecho natural por medio de un *concepto legal*. La pregunta de cómo se formó el Estado, dirigida a los procesos sociológicos reales, se contesta habitualmente con: mediante un acuerdo.

Ahora bien: en los últimos tiempos se ha hecho el intento de defender a uno u otro maestro del derecho natural, de haber mezclado la explicación causal del Estado con su justificación normativa. Y en el caso de Hobbes esta gestión puede haber tenido éxito en cierto modo, a saber, en la medida en que el autor supone, al explicar un método específico analítico-racional, la existencia de un estado racional —la *civitas institutiva*— fuera de los Estados naturales nacidos históricamente a partir de situaciones de poder y sustentadas por ellas; y es este Estado modelo teórico el que explica, no históricamente, sino, de alguna manera, de acuerdo con la idea de un acuerdo funcional de Estado. Debe quedar en tela de juicio si Hobbes —como lo plantea

especialmente Georg Jellinek— [10] efectivamente tiene conciencia de la aguda separación entre puntos de vista explicativos y normativos, entre explicación y justificación del Estado. Con seguridad puede afirmarse que la mayoría de los maestros de derecho natural restantes, Locke por ejemplo, no tenían idea de la distinción entre estos dos métodos y de estos planteos, y que interpretaron el acuerdo de ninguna manera sólo como construcción normativa a los efectos de la justificación, sino efectivamente como explicación histórica de los Estados existentes. Por ello la mayoría de los autores hace pasar al acuerdo fundacional del Estado por un hecho histórico que ha ocurrido a comienzos de cada Estado.

Como una manifestación de este tipo carece totalmente de base empírica, es más, como por varios motivos es probable lo contrario, la teoría del acuerdo constituye una *ficción*. Es decir: es la afirmación de un proceso real, de una realidad, en contradicción consciente con la realidad. Y esta ficción, esta mentira piadosa científica está radicada pues en el sincretismo inadmisible de los métodos, en la amalgama inaceptable del punto de vista normativo con el punto de vista explicativo.

La jurisprudencia positivista moderna tiene en la superación del derecho natural su mayor mérito. Con todo, no pudo zafarse del error de los juristas del derecho natural que recién expusimos. También la construcción jurídica moderna muestra los razonamientos específicos y los errores del derecho natural, sólo encubiertos por una teminología modificada. Uno de los problemas más trabajados del derecho general es la cuestión de la causa de validez del derecho positivo o del motivo que explique la fuerza obligatoria del orden legal. Queda abierta la pregunta si un plano de este tipo todavía cae en el ámbito de una teoría jurídica o si no es quizás un planteo de naturaleza metajurídica, quizás un problema de la ética. Son los juristas quienes se sienten compelidos efectivamente a darle una solución al problema. Sin embargo, lo que es seguro, es que el planteo del problema solamente puede ser normativo, es decir, que lo que se cuestiona aquí es únicamente: ¿por qué deben ser obedecidas las normas legales? Y no por ejemplo, ¿por qué se las respeta efectivamente o no? La *validez*, cuyo fundamento es el buscado, es una validez del deber ser, no del ser. Porque una validez de ser, es decir la pregunta de por qué ciertas normas de convivencia social se respetan efectivamente, la pregunta por los motivos psíquicos de un comportamiento social es sólo y ex-

[10] *Teoría general del Estado*, 2a. ed., p. 200.

clusivamente objeto de la sociología, de la psicología social, y puede ser contestada únicamente con los medios específicos de las disciplinas explicativas.

¿Qué respuesta dan entonces los juristas a la pregunta que ellos plantean acerca de la causa de validez del derecho positivo? Con una unanimidad que raramente es dable observar entre los juristas, el problema planteado se resuelve mediante una fórmula denominada *teoría del reconocimiento*. Ella indica que las normas legales valen debido a que, y solamente en tanto lo son, *reconocidas* por aquellos a quienes están dirigidas. Creo no extralimitarme si afirmo que esta *teoría del reconocimiento* [11] de nuestra moderna teoría del derecho positivo es casi idéntica a la ridiculizada teoría del derecho natural; que contiene en especial el mismo error metódico y que por lo tanto ella conduce también necesariamente a la misma vituperable ficción. Si uno tiene presente que el orden legal, por cuya causa de validez se está preguntando, es la voluntad o la autoridad del Estado entonces la concordancia de ambas teorías será un hecho, excluyendo la circunstancia necesaria de que en la teoría del pacto del derecho natural el planteo de la pregunta se lleva al cabo desde un punto de vista explicativo, mientras que la respuesta es dada desde un sentido normativo; mientras que la moderna teoría del reconocimiento le ofrece a una pregunta normativa, o sea, dirigida a obtener una legitimación, solamente una respuesta que brinda una explicación del hecho real, es decir, una respuesta explicativa. Porque ¿qué puede significar el reconocimiento del orden legal por parte de los sujetos de derecho? Evidentemente algún acto psíquico-real del querer o del razonar por el cual queda expresada la aprobación de la norma por parte de los hombres que se someten a ella. Una afirmación del orden legal. Pero ¿qué es lo que se gana con este acto psíquico-real del reconocimiento? Evidentemente sólo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por qué los hombres respetan en realidad las normas. ¿Cuándo y por cuáles circunstancias acaece este acto del reconocimiento en realidad? ¿Es reconocible en todos los sujetos de derecho, o sólo en la mayoría, sin o con diferencias de edad, sexo, uso de la razón, etcétera.

Al respecto los representantes de la teoría del reconocimiento dan las más extrañas respuestas. Pues un acto de reconocimiento de este tipo no puede ser comprobado en el hombre, naturalmente, como

[11] *Cf.*, más detalles al respecto en mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 47 y ss y 346 y ss.

tampoco puede serlo el pacto que fundamenta al Estado; los hombres nacen en un orden legal como en un Estado, y las normas legales objetivas, absolutamente heterónomas, "valen" para ellos sin tomar en cuenta su consentimiento. Que la afirmación de cualquier proceso de reconocimiento por parte de los sujetos de derecho es una ficción queda evidenciado por la manera en que se lleva al cabo con mayor detenimiento a la *teoría del reconocimiento*. Se toma al reconocimiento no como acto individual sino como un *comportamiento habitual en relación con una norma;* se habla de un reconocimiento inconsciente e indeseable de un reconocimiento indirecto y obligado incluso de aquellos que manifiestan en forma clara su oposición legal mediante un comportamiento ilegal. Se adjudica el reconocimiento ora a una mayoría absoluta de los consortes jurídicos, ora solamente a un *pater familias,* resucitado del derecho romano por un automoderno y de ninguna manera insignificante a los fines de la teoría del reconocimiento.[12] Al hacerlo uno se olvida, empero, que un acto o un estado psíquico real de este tipo, del cual no queda mucho, ciertamente, si fue realizado en forma inconsciente o involuntariamente, solamente podría ser detectado en el quehacer empírico propio de la investigación socio-psicológica. Pero entre los juristas constructivistas no hay ni rastros de ella. No les cabe por lo tanto ningún derecho de afirmar un reconocimiento, el que, a propósito, es tan poco probable como el acuerdo del derecho natural. También aquí estamos en presencia de la afirmación de un proceso real en oposición consciente con la realidad: es decir, una ficción. Como la pregunta por la causa de un deber o ser de una norma puede llevar únicamente a un deber ser o a una norma colocada por sobre la primera, el reconocimiento, que significa un ser fáctico, no puede dar una respuesta a la pregunta por la causa de validez de la norma legal. Al menos en la teoría del reconocimiento ha de expresar el pensamiento de la autonomía moral, al ubicar la validez de la norma legal en la autoridad del sujeto que reconoce y cuando la teoría del reconocimiento significa tanto como: que las normas legales deben ser respetadas en la medida en que son reconocidas por el individuo, o sea, que las normas autónomas impuestas por el individuo mismo. Esto significaría sin embargo la negación total de un orden legal autónomo, de su subordinación a la

[12] Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I (Acerca de la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales I)*, p. 136. Debe verse en Bierling al exponente más prominente de la teoría del reconocimiento. *Cf.*, también su *Juristische Prinzipienlehre I (Doctrina de los principios jurídicos I)*.

moral autónoma, el abandono total del punto de vista positivista que se caracteriza sobre todo por la adopción de normas legales independientes de las normas morales. Con ello uno entraría en la contradicción más violenta con respecto a la naturaleza heterónoma del derecho y estaría parado con ambos pies en la interpretación del derecho natural, cuya interconexión del derecho y moral se considera superada hoy en día. En la teoría del pacto existe, por cierto, la misma tendencia autonómica que en la teoría del reconocimiento en el sentido expuesto arriba, en la medida en que se toma como justificación del Estado. La autoridad, en realidad heterónoma, del Estado es emplazada por medio de una ficción en el individuo pactante, y se convierte a la subyugación por un poder estatal en una *auto*-subordinación voluntaria, en un auto-compromiso autónomo del individuo. En la medida en que el reconocimiento tiene como significado un acto afirmativo de la voluntad del sujeto legal, que debe coincidir con la voluntad del Estado expresada en la norma legal, están dadas además en la *teoría del reconocimiento* todos los elementos esenciales que son necesarios jurídicamente para un pacto.

## III

Consecuencias mucho más significativas para la construcción jurídica que las de los casos expuestos hasta ahora, son las que tuvo la deficiente diferenciación entre los puntos de vista explicativo y normativo, aplicada allí donde se ha visto obligada a operar con el concepto de voluntad. Quien tiene un panorama aunque sea limitado acerca de la teoría del derecho público y del privado, sabe qué función multifacética cumple este concepto en todas las partes de la doctrina jurídica, concepto que por ello ha sido durante años objeto de investigaciones exhaustivas, tanto en el marco de investigaciones del derecho privado, como en las del derecho público o en las del derecho penal. Esto, sin embargo, de ninguna manera es algo natural, en la medida en que se trata aquí de un problema que, a primera vista, no pertenece al ámbito de la jurisprudencia. La voluntad es un hecho de la vida espiritual, y su investigación le corresponde a los psicólogos. El jurista debería conformarse con los resultados que le brinda la psicología en la medida en que debe operar con este concepto de la voluntad. Ahora bien, si casi todos los juristas que abordaron el problema de la voluntad en el derecho, no pudieron renunciar sin embargo a una investigación independiente del fenómeno de la voluntad, arribando además casi siempre a resultados que se desvían ex-

trañamente de los obtenidos por los psicólogos, entonces esta clara extralimitación de competencias debe tener un motivo especial. Y éste radica simplemente en que la jurisprudencia no supo aprovechar los resultados obtenidos por la psicología porque el concepto de la voluntad, tal como lo fija la psicología, resulta inservible para los fines específicos de la jurisprudencia. Ya este solo hecho hubiera podido conducir hacia la duda de si los juristas y los psicólogos realmente tienen puesta la mira en el mismo objeto cuando hablan de "voluntad". Y es esta duda la que quiero convertir en certeza, mostrando brevemente de qué modo se vale la jurisprudencia del término "voluntad".

Es aquí, donde se buscan los límites de la psicología social, que el derecho social es el que en primer lugar acapara nuestra atención.

La piedra fundamental y angular de toda construcción jurídico-estatal es —para decirlo con las palabras del gran maestro del derecho público Jellinek— la personificación del Estado como sujeto con derechos y deberes. Sin embargo, el fundamento de esta personalidad del Estado, el sustrato unificador, es el que la moderna doctrina del derecho reconoce en la voluntad unitaria del Estado. La existencia de una voluntad estatal unitaria de este tipo es supuesta por ambas líneas en las que se desdobla la teoría estatal más moderna. Pues, ¿qué es esta voluntad unitaria del Estado? La teoría estatal orgánica —y la tomamos en cuenta aquí solamente por haber sido la que desarrolló en la forma más pura y extrema la metodología de construcción que habremos de criticar— [13] responde a esta pregunta declarando a la voluntad del Estado —en conexión con los resultados de la psicología social— voluntad general en el sentido psico-social, hecho *real*, realmente psicológico, resultado de la vida en sociedad de los hombres en la organización del Estado.

Ahora bien; la moderna psicología social opera efectivamente con el concepto de una voluntad general tanto como el de una conciencia colectiva. Que por una tal voluntad colectiva deba entenderse no una sustancia metafísica, distinta de la voluntad individual, y en relación con ésta independiente, sino algo que no se diferencia de una expresión que designa una conciencia efectiva de las tendencias de voluntades en los individuos provocada por la vida en sociedad, es algo que Wundt [14] ya ha destacado en forma acertada. Que a pesar de

[13] En mis *Hauptprobleme...*, pp. 172 y ss., hago una crítica del concepto de Estado y de voluntad de la teoria estatal inorgánica.

[14] *Grundriss der Psychologie (Fundamentos de psicología)*, 7a. ed., p. 384.

ello la voluntad general es una voluntad "real", efectiva, en la medida en que domina a una relación entre procesos anímicos efectivos reales, es algo evidente.

Se debe continuar sin embargo con la pregunta planteándose la siguiente: la voluntad general reconocida por la sociología en una comunidad social, ¿puede ser lo que la jurisprudencia entiende por una voluntad de Estado *(Staatswille)?*

Queda sin resolver aquí si el Estado, y en todo caso, en qué forma, debe valer como unidad sociológica; si no se le ofrece a la consideración sociológica de los procesos sociales, dentro de los límites jurídicos del Estado, como una multiplicidad y no como una unidad; con otras palabras, si quizás el Estado no es exclusivamente una unidad jurídica, meramente un concepto jurídico. Alcanza aquí con constatar que de todas maneras es el argumento de la voluntad, la voluntad general, la que ofrece un criterio suficiente para alcanzar aquella unidad del derecho denominada "Estado", unidad como la cual aparece en determinada zona, en medio de un pueblo que vive en un orden legal uniforme, esta entidad territorial. Porque ya la conservación superficial de la realidad le impone a uno el conocimiento de que el pueblo de un Estado, que debe ser tomado jurídicamente como unidad, no puede ser de ninguna manera aquella comunidad intensivamente espiritual que conduce a una coincidencia en cuanto a la dirección de la voluntad de todos los individuos, es decir, a aquel hecho psicosocial propio de la voluntad general. Una voluntad general en sentido psicosocial existe sólo en tanto que por medio de interrelaciones recíprocas espirituales se dé un nexo espiritual real, y no una unidad meramente legal que posea una interrelación espiritual y una armonía de los individuos ni como condición ni como efecto. La comunidad espiritual, que representa una voluntad general en el sentido de la sociología, puede afectar solamente a aquellos individuos en los que la interrelación espiritual ha podido crear efectivamente la misma dirección de voluntad. Tampoco un individuo único que no acuse la misma voluntad psíquica puede ser considerado como parte de esta comunidad. Y menos aún puede ser considerado como tal una multiplicidad como minoría a no ser tenida en cuenta por la mayoría. Pues el principio de la mayoría es un principio jurídico, a saber —como no puedo exponer aquí con mayor detalle— un medio de construcción normativo específico que no puede ocupar ningún lugar en el método explicativo de una ciencia natural o en la sociología.

Si uno se atiene a la realidad de los hechos psicológicos, a saber, a la concordancia en la dirección de la voluntad, entonces el pueblo que vive dentro de los límites del Estado debe disgregarse en una multiplicidad de grupos; y como la formación de una comunidad cultural no se detiene de ninguna manera en los límites jurídicos del Estado, debe poder formarse asimismo entre los habitantes de zonas aledañas pertenecientes a dos Estados completamente diferentes, que viven compartiendo el tráfico económico y otros, conglomerados de voluntad tales como los que se encuentran dentro de los *límites del Estado;* estas fronteras no están para nada dadas en una consideración sociológica, es decir, en un análisis que se basa en una realidad del ser sociológica y no en la realidad dirigida a la consideración de cualesquiera normas, sino en procesos espirituales concretos de los hombres. No se requiere ser un marxista para tener por fantasma a una voluntad general que aúne anímicamente a todo el pueblo, habida cuenta de las profundas contradicciones de clase que segmentan al pueblo que conforma jurídicamente una unidad. Y debe tenerse en cuenta algo más. ¿Qué es desde el punto de vista jurídico el contenido de aquella voluntad estatal sobre cuya base se construye la personalidad del Estado? El contenido de la voluntad del Estado es el orden legal, es decir, el derecho es la voluntad del Estado. Es más, solamente en tanto el orden legal —*i. e.*, la organización estatal— es unitario, puede pensarse en una persona del Estado única; y lo que se denomina una voluntad del Estado unitaria es quizás únicamente una fórmula para la unicidad del orden legal, de la organización. Pero con esto ya me estoy adelantando a lo que quiero exponer más adelante. Alcanza por ahora con tener presente qué resultados espeluznantes deben producirse si se califica aquella voluntad, cuyo contenido es el orden legal total compuesto por miles de normas legales, como un hecho real, socio-psicológico. A raíz de esta concepción cada ciudadano debería tener el orden legal total como contenido de su voluntad psíquica —y ello además en forma permanente, pues la permanencia del orden legal que forma la voluntad del Estado constituye una concepción imprescindible para la construcción jurídica.

Cómo debe calificarse metodológicamente toda esta teoría, que interpreta a la voluntad de Estado como hecho psíquico real, como voluntad total, no queda lugar a dudas después de todo lo que hemos expuesto; es el ejemplo paradigmático de una *ficción:* ¡La afirmación de una existencia *(Realität)* en contradicción consciente con la realidad *(Wirklichkeit)!* Y la *ficción,* como tablero de alarma, señala

siempre el lugar donde fracasó la construcción jurídica. A partir de lo dicho hasta ahora quizás se pueda adivinar ya, qué y cómo también esta *ficción* nace de la aglutinación de un modo de concepción explicativo y normativo. Pero para aclarar definitivamente esto, debe continuarse con la investigación de la esencia de la voluntad en su sentido jurídico. Con este fin expongamos brevemente en qué sentido y con qué objeto la terminología jurídica utiliza el concepto de voluntad, no solamente en el derecho público sino también en el derecho privado y en el penal, y qué diferencias se suscitan en estos dos últimos ámbitos con respecto al concepto psicológico de la voluntad. Habrá que investigar en este caso primordialmente una rara tendencia de la terminología jurídica que lleva a un sendero especial, distinto del concepto psicológico de la voluntad. Habrá que investigar en este caso primordialmente una rara tendencia que lleva a un sendero especial, distinto del concepto psicológico de la voluntad. En el lenguaje del *derecho* aquella expresión prácticamente se ha mantenido petrificada como un árbol en las capas de carbón. Quien no desconozca las relaciones profundas entre palabra y concepto, entre hablar y pensar, a ése no le será extraño un método tal de conocimiento.

## IV

En la teoría del negocio jurídico aparece la voluntad en su significación específica jurídico-privada. Conforme a la opinión vigente el negocio jurídico constituye una declaración de voluntad, "se manifiesta la voluntad de que se produzca un efecto jurídico". De esta manera caracteriza Windsched [15] el dogma de la voluntad. La significación de este dogma civilista de la voluntad se destaca todavía con mayor agudeza en su formulación negativa: el negocio jurídico es nulo, el efecto indicado como querido *(gewollt)* no puede ser considerado como producido por medio de la declaración "si lo que en ella se denomina deseado no se *desea* (verdaderamente)".[16]

Debemos constatar inmediamente que en los últimos tiempos se ha hecho notar en la literatura civilista una cierta oposición al dogma dominante de la voluntad, la que en general apunta a reconocer que tampoco le corresponde un efecto jurídico a la manifestación que no expresa la voluntad verdadera en sentido psicológico, a saber, de

[15] *Pandekten I*, 9a. ed., pp. 310-311.

[16] *Windscheid, Wille und Willenserklärung (Voluntad y explicación de la voluntad)*, Leipzig, 1878, p. 8.

manera tal, que el efecto jurídico parece estar más o menos emancipado de la existencia de una voluntad psíquico-real del efecto. No puede darse aquí, naturalmente, una crítica completa del dogma de la voluntad. De acuerdo con los fines que persigo en este lugar alcanza con señalar en primer término que el dogma de la voluntad, en la medida en que se lo refiera a una voluntad en sentido psicológico, representa una grave *ficción*.

Por de pronto puede ponerse seriamente en duda si la voluntad de las partes debe estar dirigida efectivamente —como lo enseña el dogma de la voluntad— a esos efectos jurídicos que vinculan el orden legal con determinadas declaraciones. Pues, independientemente de otras numerosas causas, en las que no me puedo detener aquí ahora, sucede con regularidad que las partes desconocen las frecuentemente complicadas disposiciones del orden legal. La mujer obrera que lleva un aparato doméstico al prestamista no tiene idea de los efectos jurídicos que se vinculan por vía del orden legal a su declaración tácita de voluntad. En la Constitución y la anulación de derechos de propiedad, de créditos y prendas, estos efectos jurídicos específicos ya no son deseados por las partes por ser desconocidos, porque las partes no conocen en absoluto la diferencia entre los derechos nombrados. Los juristas doctos exageran un tanto cuando presumen no sólo un conocimiento del derecho, tal como lo hace el "legislador", sino también cuando presumen tener un conocimiento de los conceptos jurídicos, lo cual constituye, naturalmente, una ficción.

Aún más notoria es la diferencia entre lo que la psicología y la jurisprudencia llaman voluntad, y la ficción vinculada a ella en la así llamada *reservatio mentalis*. Porque si por ejemplo alguien desea conscientemente lo contrario de aquello que declara como su intención legal, por ejemplo si alguien promete regalarle a otro un objeto a pesar de estar convencido interiormente de *no* hacerlo, esta reserva mental resulta completamente irrelevante para la validez del negocio jurídico. La promesa de regalar es válida; según el tratamiento jurídico, la donación es deseada legalmente, si bien psicológicamente hablando no hay nada de ello. El medio metodológico del que se vale la jurisprudencia para mantener en pie el dogma de la voluntad también en el caso de la reserva mental, es la así llamada *praesuntio juris et de jure*. Se presume, es decir, se finje jurídicamente, la voluntad, a pesar de que no está demostrada su existencia, y aún a pesar de que incluso se afirme su ausencia. Con todo, esta presunción de la voluntad no es que signifique que la jurisprudencia prescinda de la exis-

tencia de una voluntad verdadera en sentido psicológico, sino justamente que en el ser deseado legal *(rechtlichtliche Gewolltheit)* de un negocio jurídico no reviste importancia la voluntad psíquica.[17]

El dogma civilista de la voluntad plantea una ecuación entre la calidad de la validez legal y el ser deseado de un negocio jurídico. Y efectivamente, a pesar de toda la oposición que experimentó el dogma de la voluntad en los últimos tiempos, no se puede eliminar de la faz de la Tierra el hecho de que la terminología jurídica acusa una tendencia insuperable e ineliminable a exhibir cada negocio jurídico válido como deseado *(gewollt)*. La prueba de que en numerosos casos jurídicos *válidos* falta evidentemente una voluntad correspondiente en el sentido psicológico, que la detección de una voluntad tal por la jurisprudencia es prácticamente imposible de llevar a cabo con sus instrumentos específicos de conocimiento, no pudo destruir el dogma de la voluntad que declara a cada negocio jurídico válido como negocio deseado *(gewollt)*. Y efectivamente le pertenece al dogma de la voluntad una significación más profunda, incontrovertible desde la psicología. Si el jurista, en todos aquellos lugares donde el psicólogo le expuso en forma irrefutable esta falta de una voluntad que contenga los efectos del negocio jurídico, o bien donde le expuso la indemostrabilidad de una voluntad tal, cree necesario tener que fingir la existencia de una voluntad (y de hecho finge no solamente en este sino en todos los casos), si la jurisprudencia civil que mantiene en pie el dogma de la voluntad llega a la oración: "Existen casos sin embargo, en los que el negocio jurídico vale sin tomar en cuenta ausencia de voluntad *en los que se finge jurídicamente su existencia*",[18] entonces esto muestra a las claras hacia dónde debe dirigirse la búsqueda de una solución del dilema suscitado entre la jurisprudencia y la psicología. Sería erróneo negarle toda significación al dogma de la voluntad; la enérgica resistencia que propone a los argumentos de la psicología revela que su origen se encuentra en una necesidad fundamentada teóricamente. Seguro es solamente esto: que al dogma de la voluntad no le puede corresponder una significación psicológica, que la voluntad, de la que habla este dogma, debe ser otra que aquella con la que opera la psicología: no es un hecho psíquico real, un proceso real de la vida anímica, sino que es una formación del pensar

[17] Con respecto al significado del concepto de voluntad en la doctrina del error *cfr.*, con mis *Hauptprobleme...*, pp. 129 y ss.

[18] Krainz, *System des österreinchischen Privatrechts (Sistema del derecho privado austriaco)*, 4ª ed., 1905, p. 277.

jurídico específico, una construcción jurídica solamente por faltar el reconocimiento de este hecho, por no tomar en cuenta —debido a una falta de suficiente conocimiento del método de formación jurídica de conceptos— el verdadero ser de aquella construcción, por no darse cuenta de la estructura de aquello que se denomina jurídicamente "voluntad" *(willen)* o "deseado" *(gewollt)*, solamente por ello se tomó el rumbo errado hacia la ficción, a esta manifestación de un hecho existencial en contradicción con la realidad.[19]

Si la aspiración inmanente con respecto a la formación jurídica de conceptos, que encuentra su expresión en la formulación del dogma de la voluntad, ha de tener una causa más profunda, y si la ecuación entre la calidad de la validez y el ser deseado *(Gewolltheit)* del negocio jurídico ha de estar fundamentada por un sentido inobjetable, también se deberá tomar la decisión no ya de concluir (como los teóricos atrapados en la suposición de un concepto psicológico de la voluntad): un negocio es válido porque y en tanto es deseado (psicológicamente) sino de que dicha conclusión deberá decir a la inversa: un negocio es deseado, en tanto o porque es válido, donde la calidad de la validez constituye la causa para el conocimiento de la calidad de lo deseado. En esta relación, a primera vista la "voluntad" ya no se manifiesta como el así llamado hecho psíquico. Con el ser "deseado" no se enuncia un hecho psíquico real o físico como tampoco con la "validez legal". Que el dogma de la voluntad civil tenga también en esta inversión su verdadero sentido jurídico, es más, justamente en esta inversión, y que no convalide sólo tautológicamente negocios válidos, ello debe ser un resultado de la significación del concepto jurídico de voluntad desarrollado positivamente.

## V

Así como el derecho privado, el derecho penal tiene su dogma de la voluntad. Según éste, las circunstancias exteriores penadas por las disposiciones legales deben ser consideradas como deseadas *(gewollt)* por los sujetos punibles; sostiene además que como sin culpa no hay pena, toda culpa es culpa de voluntad *(Willensschul,* culpa por una acción voluntaria). Es notorio que el dogma criminalístico de la voluntad, al igual que el civil, últimamente ha sido resistido, resistencia que, análogamente a la oposición en el ámbito del derecho privado,

[19] En cuanto al significado de la ficción en el marco del método jurídico y la diferencia entre el mismo y la construcción, *cf.* mis *Hauptprobleme,* pp. 177 y ss.

tiene como finalidad limitar el dogma de la voluntad; para ello procura que también sean reconocidos otros hechos psíquicos como formas culposas, fuera de los actos de voluntad.

En este sentido se ha fijado, por cierto, que la culpa es un hecho psíquico. Fuera de los casos culposos en los que el resultado de la acción era *deseado (gewollt)*, se han diferenciado solamente aquellos en los que si bien el resultado punible no había sido deseado había sido previsible, donde el factor de la culpa no consiste en un deseo sino en un saber. Y fuera de la intención y de la premeditación se reconoció aún como un tercer tipo de culpa la negligencia; ésta se caracteriza porque el resultado no es deseado ni previsible pero sí debería haber sido previsto, y evitado. Ya ahora les ruego dirijan su atención a este deber *(Sollen)* que, de acuerdo con la doctrina en uso, figura expresamente sólo en el *tipo* de aquella culpa que se denomina negligencia.[20]

Aún por más que se puede aprobar la tendencia dominante en la teoría moderna del derecho penal, que impulsa una restricción del factor de la voluntad en el concepto de culpa, a pesar de todo lo que tiene de correcta la comprensión de que hay numerosos hechos culposos amenazados con penas por la ley, que carecen totalmente del factor *psicológico* de la voluntad, se puede preguntar sin embargo —en forma parecida a como lo hemos hecho en el caso del dogma civil de la voluntad— si la igualación entre culpa y voluntad característica para el derecho penal debe ser falsa, aun cuando uno esté empeñado en comprender el concepto de la voluntad no en un sentido psicológico sino en un sentido específicamente jurídico; justamente en aquel sentido que revela la tendencia de la terminología jurídica que, claramente recognocible, se desvía totalmente de la psicología. Sí; debe preguntarse si el error del dogma penal de la voluntad no debe ser buscado meramente en la intención de querer brindar una interpretación psicológica del mismo.

Un planteo de este tipo debe desembocar evidentemente en una revisión de nuestro concepto penal actual de la culpa. Considero por cierto que es necesario llevar a cabo con urgencia esta revisión; sin embargo no estoy en condiciones de desarrollarla aquí para ustedes. Me conformo con las siguientes afirmaciones.

Como una serie de hechos —que por cualesquiera causas debieron ser considerados culposos— no exhibían ni un indicio de voluntad

[20] *Cf.* Loeffler, *Die Schuldformen des Strafrechts (Las formas de culpa del derecho penal)*, Leipzig, 1895, pp. 8 y 9.

cuyo resultado fuera punible, la nueva teoría del derecho penal dejó de limitar el concepto de culpa a las estrechas limitaciones del concepto de voluntad haciendo valer también procesos anímicos, diferentes de la culpa. De todas maneras, como principio, se ha perseguido con ver a la culpa como algún tipo de hecho psíquico puesto en *algún tipo de relación con el resultado punible de la relación*. Se cree que este concepto de culpa es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los casos que se reconocen como "culpa". ¡Incluso la negligencia! Pero: ¡en este caso el concepto de culpa se pierde irremisiblemente! Porque según las condiciones adoptadas por la teoría del derecho penal mismo, aquí no hay rastros de un deseo *(Wollen)* ni de un conocimiento del hecho punible, ni en general de cualquier proceso psíquico que exhiba una vinculación entre el sujeto y el objeto de la culpa, *id est,* del hecho punible. Pues según la doctrina en uso, la negligencia se caracteriza de la siguiente manera: el resultado de la acción ni es deseado ni previsto, sin embargo debería haber sido previsto y evitado. Para ilustrar lo expuesto mediante un ejemplo: un guardavía, que ha bebido en forma excesiva, se duerme durante el servicio. La aguja que debería haber activado queda intacta. Por ello se produce una colisión de trenes, a raíz de la cual mueren muchos hombres. Tanto desde el punto de vista legal como desde el moral el culpable es el empleado ferroviario. Su culpa es la negligencia. Pero él ni deseó ni previó la catástrofe. Si hubiera pensado en la posibilidad no se habría dormido. En la observación efectiva y real de su vida anímica se nota que él no estaba imbuido ni de una voluntad ni de una fantasía de colisión. Pero debería haberla previsto. Reconozco que este deber no aparece en la observación psicológica, es decir, en la observación dirigida al ser y a los procesos anímicos; no está dado en el guardavía culposo: solamente aparece en la conciencia del juez a cargo del caso, del jurista. Para el análisis psicológico, el hecho de la negligencia es totalmente negativo, ya que le faltan, se supone, ambos actos anímicos que pueden en general entrar en una relación relevante con el hecho punible; porque éste no es deseado *(gewollt)* ni premeditado; pero presentir no se puede sin prever. Todos los intentos realizados por la teoría moderna de probar que la negligencia es de alguna manera un hecho psicológico —como lo es el delito y el propósito cometidos a sabiendas— deben fracasar por estar orientados en contra de las propias condiciones previas. Si se caracteriza a la negligencia, entre otras, como falta de atención, como falta de interés particular pertinente, entonces se le ha determinado

psicológicamente como negativa, entonces solamente se ha contestado —lo que debía ser contestado sobre la base de la suposición— que a nivel psíquico no ocurre nada relacionable con el hecho punible, que justamente carece de aquella actividad psíquica que debería haber estado presente. A pesar de ello la negligencia es una especie de culpa. Pero, ¿qué es lo que la caracteriza? ¿Cuál es su esencia *(Wesen)?* La solución se encuentra en este deber ser. Ella debe ser comprendida en el decurso de una contemplación del ser, no desde un punto de vista explicativo, sino exclusivamente desde un punto de vista normativo. La negligencia no es de naturaleza psicológica sino netamente jurídico-ética. Pues si se omite de la definición de la negligencia aquello que debe ser omitido por manifestar sólo lo que la negligencia no es, a saber, que el resultado de la acción no es deseado, entonces la negligencia no es una inyección; además: que el resultado no está previsto, que por lo tanto la negligencia tampoco es un accionar a sabiendas, no queda entonces otra cosa, para caracterizar la negligencia, que la afirmación de que el sujeto culpable debería haber debido cualquier otra cosa: que el culpable es el sujeto de una norma última. Se destaca aquí claramente el carácter puramente normativo del concepto de culpa.

La palabrita "debe ser" se encuentra solamente en la definición de la negligencia conforme a la doctrina vigente. En la determinación conceptual de la intención y de la premeditación se pensó poder prescindir de ella. Pero evidentemente no todo resultado deseado *(gewollte)* y no todo resultado de la acción prevista implican una culpa; para ser tal, dicho resultado debe estar prohibido. Se supone que esto es evidente por sí mismo. Pero justamente sólo en este estar prohibido, en este debe ser, se encuentra esta esencia única del concepto de culpa común a todos los tipos de culpa. Pues lo que vale para el tipo de culpa de la negligencia, a saber, que no es de naturaleza psicológica sino jurídica, que el concepto de esta culpa no es obtenido por la vía de la observación explicativa del ser, sino de una explicación normativa del deber ser, eso también debe ser demostrable para el caso de las restantes formas de culpa, si de otro modo el concepto de culpa es, conforme a su estructura metódica, un concepto unitario, si uno no quiere conformarse con que por "culpa" se entiende una vez el hecho psicológico, un proceso psíquico-real, y otra vez una construcción ético-jurídica. Con ello, sin embargo, lo que se ha logrado no es más que avanzar hasta el conocimiento —en el fondo evidente— de que el concepto de culpa es por principio de naturaleza

normativa y no explicativa. Si ha de reconocerse que un juicio que manifiesta una "culpa" nunca es factible desde el punto de vista de una consideración dirigida hacia una explicación del hecho efectivamente acaecido, subordinado únicamente a la causalidad; si no puede dudarse de que el zoólogo o el psicólogo no arriban de ninguna forma a un concepto de culpa valiéndose de unos métodos epistemológicos específicos; si es un hecho que puede hablarse de culpa solamente en relación con normas que a la esencia de la culpa le pertenece la violación de la norma tal como al mérito el cumplimiento de la misma, entonces ya no parecerá ser paradójica la afirmación de que el carácter normativo del concepto de culpa es metodológicamente irreconciliable con la posibilidad de captar su ser mediante investigaciones metodológicamente específicas, *psicológicas*. El juicio que atribuye a una persona la culpa de algún hecho externo, no dice nada como tal acerca de un hecho psicológico dentro de un hombre, sino, meramente, que una norma prohíbe el acontecer externo de la persona, que entrambos existe la relación de objeto y sujeto de la norma.

Reviste la mayor importancia metodológica poner en claro que alguien no es "culpable" de algo porque ha deseado *(gewollt)* este algo o lo ha sabido (previsto), sino únicamente por el hecho de que no *debería* haber hecho eso o debería haberlo evitado. Por más que atente contra las concepciones vigentes en el derecho penal, se debe destacar, sin embargo, que el factor de la culpa nunca consiste en un desear, o en un saber, o en algún otro proceso psíquico; que el asesino no es culpable de la muerte del occiso por haber premeditado esta muerte sino tan sólo por ser contra la ley la muerte intencional de un hombre.

Con ello ya está indicado en el fondo, qué posición le corresponde a los hechos psicológicos, tales como intención, en relación con el concepto de culpa. Sería no comprender absolutamente estas interpretaciones si se les quisiera imputar la idea de una eliminación total de estos factores de la teoría del derecho penal. Es un postulado de una percepción más sensible del derecho, el que por consecuencias socialmente perjudiciales, que deberían ser impedidas por el orden legal, se castigue solamente a aquellas personas en las que se dan ciertos actos de la voluntad, o de la razón, en relación con el resultado pernicioso, y que la magnitud de la pena también se rija conforme a estos actos psíquicos. Es éste un postulado político-criminal que cumplen las leyes actuales manteniéndose dentro de determinados límites. Las fronteras trazadas para la realización de la exigencia, se componen, por

un lado, de la naturaleza del empleo del derecho, al que nunca le es posible dar una constatación segura de los hechos psíquicos, sino siempre una consideración de factores externos solamente, que dan lugar a ciertas conclusiones de probabilidad con respecto a procesos internos; y por el otro, de la función preventivo-social de la ley penal, que sufriría una fuerte desvalorización si todo comportamiento imprudente, es decir, si el resultado indeseado e imprevisto de la acción, quedaran impunes; porque justamente la amenaza de una pena aplicada a los resultados de acciones indeseadas e imprevistos, también es apropiada para incrementar el cuidado puesto por los hombres. Quien sepa que es penado aún en el caso de mera imprudencia, de una simple desatención, tiene suficiente motivo para alertar a sus propias fuerzas, y como para activar la prevención y la voluntad. Pero si son tomados en cuenta en el orden legal, en ciertos casos, actos de la voluntad o premeditados, entonces ello podrá suceder tan sólo de modo que estos procesos psíquicos sean incorparados en aquellos hechos para los que el precepto legal prevé una sanción. Mientras que formas más antiguas de órdenes jurídicos amenazaban con una sanción al asesinato de un hombre, las formas más modernas emparentan con una secuencia legal solamente el asesinato premeditado. Al tipo de ilícito del precepto jurídico le pertenecen ahora, no solamente el procedimiento externo de la muerte, sino también el interno: el procedimiento psíquico de la intención (respectivamente, otros factores externos que permiten inferir una intención). Si ahora, entonces, se han incorporado factores psíquicos tales como la voluntad o la representación en la tipificación del ilícito, entonces estos factores internos deberán estar dados en la misma forma que los externos, pertenecientes al resultado de la acción perjudicial para la sociedad, para que pueda hablarse en general de un acto ilícito; no hay entonces "culpa" si faltan estos componentes psíquicos, como exactamente por lo mismo, no habría culpa si faltaran los factores exteriores del tipo jurídico de violación legal. Con el mismo derecho podría afirmarse que, en el caso del asesinato, la muerte del occiso constituiría el factor de culpa con el que únicamente se manifiesta esto de la intención. Pues los factores psíquicos no son otra cosa, desde el punto de vista formal-jurídico, que miembros de la tipificación de ilegalidad. Se ha perdido todo derecho justificado, de hacer valer cualesquiera procesos psíquicos (que están en relación con los elementos exteriores del tipo legal de justicia), solamente como factores de culpa, si

puede demostrarse la existencia de un tipo de culpa que no muestra elementos psíquicos de ninguna especie.

Si se reconoce que no se puede llevar a cabo una captación general de los casos culpables sobre una base psicológica y si no se atiene estrictamente al carácter normativo del concepto de culpa, entonces lo único que nos queda como característica del factor de culpa, es solamente el hecho de que el sujeto de una culpa es justamente aquel que aparece como sujeto de una norma violada. Porque no hay otra cosa que pueda ser reconocida como elemento común de las tres formas posibles de culpa. Pero entonces, ¿qué significa la antiquísima homologación planteada entre culpa y voluntad?

Debo introducir aquí una secuencia de ideas cuyas fuentes no se limitan de manera alguna al ámbito del derecho, sino que nacen en el de la moral como en todos los ámbitos de la consideración normativa. Es el concepto imputación el que aquí se torna importante.

## VI

Cada proceso mental especial, a causa del cual se le imputa a cualquier persona algún hecho, se lleva a cabo sobre la base de normas, es decir, sobre la base de disposiciones de deber ser, ya sea de naturaleza legal, ya de naturaleza ética. Es que son dos elementos que deben ser distinguidos en el contenido de cada norma: el sujeto del deber, que es el que debe, la persona para que vale el deber, a la que está dirigida la norma, y el objeto del deber, que es aquello que es debido. La aplicación de la norma a los hechos del mundo del ser, puede dar por resultado una doble cuestión: o bien la coincidencia de un hecho del ser con la norma, o sea, la existencia de un hecho que se corresponde por su contenido con la norma, o bien un hecho del ser contrario a la norma en su contenido. Pero cuando se ha comprobado la coincidencia o la contradicción de cualquier hecho en comparación con una norma, entonces se suscita inmediatamente la pregunta por el sujeto del deber de la norma. "Quién es el culpable" es la pregunta en un hecho que viola las normas; quién obtiene los réditos de actuar con la ley. La norma brinda la respuesta a ambas preguntas, ella contiene la denominación del sujeto de la norma como uno de los elementos. La *imputación* es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma. Es muy importante tener en claro que esta vinculación, denominada imputación, realizada sobre la base de normas no es una conexión ni causal ni teleológica, sino de naturaleza

muy especial, que justamente por llevarse a cabo sobre la base de normas, puede ser llamada normativa. Porque las normas las crea el hombre y la conexión de sujeto y objeto de la norma es por ello totalmente arbitraria.

Justamente, la imputación legal, esto es, la imputación sobre la base de normas de derecho, muestra a las claras que entre el sujeto y el objeto de la norma hay una distancia máxima; no hay ni una vinculación causal ni una teleológica, ni necesita estar dada, para la consideración explicativa, ninguna vinculación. Para quedarnos en el ámbito del derecho penal, el sujeto del deber corresponde a la norma legal en forma tal, que en la norma penal resulta amenazado si cometiere un hecho violatorio. Pero, por ejemplo, el derecho romano dice que el propietario de una casa debe ser castigado con una fuerte multa, si del techo de su casa cayó un objeto que ha matado a un hombre. La muerte del peatón se imputa al propietario de la casa. Nadie puede dudar de que entre la muerte del peatón y la persona del propietario, no existe ni puede existir ningún tipo de vinculación causal ni teleológica. Ni fue el propietario la causa de la muerte del peatón, ni fue la muerte su finalidad. El propietario puede encontrarse a gran distancia de la casa, quizás no sepa acerca de su vivienda. A pesar de ello, entre él y la muerte del peatón existe una vinculación producida por la norma legal, una vinculación, específica: la *imputación.*

Bien puede ser un postulado ideal dirigido a la legislación, a los hombres generadores de leyes, el que también se haga valer siempre la imputación como nexo causal o como vinculación teleológica. Sin embargo, de ninguna manera las normas deben corresponder siempre a este postulado; y justamente las normas legales no lo hacen con frecuencia.

Hay, también, por cierto, numerosos casos, en los que la imputación corre paralela a una serie causal, casos en los que son dos los miembros vinculados causalmente, al igual que la imputación. Por ejemplo la muerte del occiso con el asesino. Con todo, sería erróneo pensar que el principio de imputación fuera aquí la causalidad, que el resultado de la acción fuera imputado al autor por haberlo provocado en forma causal. Justamente se ve aquí con claridad que el principio de causalidad no brinda ningún criterio por el cual se ofrezca destacar de entre esta cadena infinita, omnidireccional, de miembros unidos en forma causal, justamente estos dos, ya que ellos corren parejo con

respecto a todos los otros. Solamente la noma brinda aquí el criterio decisivo de selección.

También constituye un grave error buscar la esencia de la imputación en una vinculación teleológica entre el sujeto y el objeto de la imputación, afirmar que el hecho delictivo imputable constituye siempre la finalidad o, con otras palabras, el deseo (voluntario, *gewollt)* del sujeto. Porque es un hecho que sobre la base de normas positivas, en muchos casos debe imputarse aquello que de ninguna manera había sido deseado *(gewollt)*, perseguido o intencionado. Los delitos de imprudencia constituyen un ejemplo muy adecuado. Porque se puede plantear el requisito de que se prohíban por norma o se amenacen con pena, respectivamente, solamente los hechos verdaderamente deseados *(gewollt)*. Sin embargo no se satisface este requisito ni en el ámbito ético ni en el legal, ni es siquiera posible satisfacerlo. Significaría abrirle las puertas de par en par al descuido, otorgar un premio a la imprudencia. Es que las normas pueden exigir no solamente un conjunto de hechos exteriores; ellas deben y pueden postular también un comportamiento interior, un querer *(Sollen)*, un prever. La *falta* de una previsión tampoco puede anular entonces la imputación, como la no producción de un hecho dado por una norma no libre de una sanción sino que justamente la provoca.

Se agrega a esto que uno de los dos elementos que se vinculan mutuamente por imputación, a saber, el sujeto de la imputación o la persona, ni siquiera está en condiciones de ser el origen de una serie causal debido a su naturaleza especial, y ni puede producir por lo tanto una vinculación teleológica. Tanto en la jurisprudencia como en la ética uno está acostumbrado a separar estrictamente la persona del individuo. No es la unidad bio-fisiológica "hombre", no es esta suma de procesos vitales unidos en forma orgánica la que es idéntica a la unidad específica ético-jurídica de "persona", que es el sujeto de la imputación. De ninguna manera es lo mismo ser persona que ser hombre. Como *causa*, empero, solamente puede valer justamente la unidad, pero no la unidad dada únicamente para un tipo normativo de análisis, la persona, sino la unidad bio-fisiológica "hombre", es decir, solamente los procesos vitales físicos y psíquicos que integran esa unidad. Pero incluso desear (volitivamente), determinar finalidades, es algo *que puede llevar a cabo sólo el hombre, no la persona.*

Sin embargo, existe efectivamente en la terminología vigente la tendencia a determinar a la esencia de la personalidad "voluntad"; es más prácticamente a identificar voluntad y persona. No solamente en

la jurisprudencia sino en especial en la ética, se está empeñando en hacer de la imputación una voluntad. Más aún: se denomina "imputación directamente al juicio que hace valer los hechos como si estos hubieran sido deseados *(gewollt)* por un sujeto. No hay duda de que aquí se está empleando un significando de la palabra *Willen* (voluntad) totalmente distinto al del concepto psicológico. También es evidente que la tendencia que rige en la terminología de las disciplinas normativas, ético-jurídicas, que consiste en considerar siempre lo imputado como deseado *(gewollt)*, logra su expresión en el campo especial del derecho penal a través del dogma que declara que toda culpa es una culpa de voluntad, o sea, que hace valer a cada conjunto de hechos comprobados amenazados con sanciones, esto es: prohibidos legalmente, como "deseados" *(gewollt)*. Y si es correcto que la sanción que le atribuye culpa a cualquier persona por cualquier conjunto de hechos, significa tanto como que esta persona constituye el sujeto de una norma violada, entonces el juicio deberá ser idéntico a aquel que procede a la imputación de los hechos a una persona. Que alguien sea culpable de algo no significa otra cosa que: a alguna persona se le imputó el resultado de una acción.

Es natural que las disciplinas en el caso de las cuales se desarrolla este proceso de imputación, tenga la necesidad de dar otro apelativo a esta capacidad singular de ser sujeto de la imputación, persona, *i. e.*, una unidad ético-jurídica en un sentido al del zoológico-psicológico de la unidad "hombre". La imputación, para la que la acción u omisión conforme o contraria a la ley constituyen solamente hitos transitorios, busca para ella misma —expresado figurativamente— una meta final en el interior del hombre: *esta construcción, pensada en el interior del hombre que funciona como punto final de la imputación —y nada más que eso— es lo que la terminología ética y jurisprudencial llama "voluntad"* (Willo).

De ninguna manera el emplazamiento del punto final de la imputación "voluntad" debe producirse en el interior del "hombre"; la unidad ético-jurídica de la persona no tiene por qué coincidir con la unidad zoológico-psicológica. Debe ser recalcado que pertenece por entero a la norma, concederle también a otra cosa que no sea el individuo la calidad de persona o de "voluntad", de la misma manera en que depende solamente de ella si en general el hombre y en especial qué hombre se vuelve persona, o sea, capaz de voluntad. Para ilustrar lo escrito echaremos mano del conocido hecho del que suele suceder que a ciertos seres humanos no se los reconozca como sujetos

de deberes o de derechos —piénsese en el lugar que ocupaban los esclavos en el derecho antiguo; y además: que sobre la base de las leyes, se produce la existencia de sujetos con deberes y derechos que no son hombres —téngase presente la oposición entre personas físicas y jurídicas.

Esta "voluntad" de la ética y de la jurisprudencia es sin embargo algo totalmente distinto a lo que la psicología denomina hoy con ese término. A lo que apunta la psicología es a una de las actividades psíquicas del hombre que existen fuera del pensar y el sentir. La voluntad en el sentido ético-jurídico es idéntica a la unidad-globalidad con la cual se toma en cuenta al individuo en la ética y en la jurisprudencia. Capacidad volitiva y capacidad de ser persona, es decir, sujeto de la imputación legal y ética —responsabilidad— son una sola cosa. La voluntad de la psicología es un hecho comprobable empíricamente por auto-observación, que pertenece al mundo del ser —la voluntad de la ética y de la jurisprudencia es una construcción llevada a cabo bajo el punto de vista de la norma, del deber ser, que no corresponde por lo tanto a ningún proceso concreto en la vía anímica del hombre.

Si se reconoce que la voluntad conforme a la terminología ético-jurídica es algo esencialmente diferente del hecho psíquico homónimo, entonces las dificultades y las falacias conexas con una interpretación psicológica del dogma civil y criminal de la voluntad desaparecen de golpe de la faz de la Tierra. Y entonces también se despeja el camino que desemboca en el conocimiento verdadero de aquello que se denomina voluntad de Estado. Porque la voluntad de Estado también aparece como punto final de la imputación. Si determinamos que acciones de ciertas personas no valen como acciones de estas personas sino como las de otra persona distinta de la primera, de una voluntad diferente de la suya, a saber, como acciones del Estado, entonces deberá verse en ello el mismo proceso de pensamiento que lleva también a la voluntad y a la personalidad de todos los demás sujetos; es entonces solamente un caso especial de imputación. El punto final de la imputación no recae aquí sin embargo en otra persona; la imputación atraviesa, por así decirlo, a los seres físicos actuantes y a sus actos psíquicos de voluntad; no se detiene en otra persona física como lo hace por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por el daño causado por niños o empleados, daño que es imputado al padre o al empleador respectivamente. Más bien se unen todas las líneas de imputación en un punto común pensado como exterior a cada hombre. Los

individuos cuyos actos son sometidos a cada imputación de esa especie son los organismos estatales; el punto común de intersección de todas las líneas de imputación que parten de las acciones calificadas de los actos de los organismos es la voluntad o la persona de Estado.

Como toda imputación se lleva a cabo únicamente sobre la base de normas, el criterio utilizado para determinar cuándo y en qué circunstancias una acción humana debe ser imputada, no al hombre actuante, sino a uno de estos sujetos comunes concebidos por detrás de ése: al Estado, es un criterio que debe ser inferido de las normas. Queda planteada de esta manera la tarea de reconocer el orden jurídico como una suma de reglas de imputación. Si en las leyes se determina que alguien que roba ha de ser penado por el tribunal del lugar donde se cometió el delito, que alguien que no restituye el préstamo recibido ha de ser ejecutado por denuncia del acreedor, que un pobre debe recibir en determinadas circunstancias un apoyo económico de un organismo político; de estas maneras están fijados en la pena, en la ejecución, en la ayuda a los pobres, respectivamente, aquellos hechos materiales que no son imputados a los hombres que obran físicamente —órganos— sino al Estado. La constatación de estos hechos del penar, ejecutar, etcétera y de sus condiciones más cercanas, constituye el contenido de las normas legales por las cuales se reglamentan los deberes de los súbditos y del Estado. Cuando se dice que la ley contiene la voluntad del Estado, ello no significa ninguna otra cosa sino que la ley detecta los hechos que deben valer como acciones del Estado, "deseadas" por éste, es decir, que deben ser imputadas al Estado y no a los actuantes físicos —los organismos. La concepción de una voluntad unitaria del Estado o de una persona estatal unitaria no es más que una expresión de la uniformidad de la organización, de la homogeneidad del orden jurídico, de la consistencia lógica y de la indispensable ausencia de contradicción interna de las normas legales, del mundo del deber ser legal. Esta es la esencia de la voluntad estatal: una construcción normativa llevada a cabo con fines de imputación— nada que tenga que ver, ni en lo más mínimo, con una voluntad global sociopsicológica.

Forma parte de los mayores errores de la jurisprudencia el no haber reconocido la diferencia que existe entre el concepto psicológico y el jurídico de la voluntad. El empeño puesto en demostrar la existencia de un hecho psíquico-real allí donde sólo existía un punto de construcción ideal de un modo de contemplación normativo, debió

desembocar en el establecimiento de estas ficciones vergonzantes que caracterizan tan acertadamente el estado actual de la teoría jurídica.

## VII

La importancia que le cabe a la comprensión del doble significado del concepto de voluntad, importancia que trasciende ampliamente los límites de las construcciones jurídicas, se manifiesta también en el hecho de que el problema de la libertad de la voluntad, que ha devenido una verdadera calamidad de la teoría, experimenta a través de esta comprensión su solución más simple.

Que la voluntad del psicólogo debe ser una voluntad determinada causalmente es algo evidente, ya que la psicología, como constituyente de las ciencias naturales explicativas, no puede obtener ninguna voluntad "libre" sin cuestionar su propio fundamento de comprensión, la ley de causalidad. Es que esta ley de causalidad no es otra cosa que una expresión del postulado de la explicación, no es algo distinto al axioma de la comprensibilidad del hecho real *(Windelband)*. Con todo, es tan cierto que la voluntad del psicólogo —este proceso anímico fáctico— debe ser un proceso unido a lo causal, como lo es el hecho de que la libre voluntad constituye la condición necesaria de toda especulación ética y jurídica. Libre voluntad e imputación son en realidad la misma cosa. En tanto uno crea que la voluntad de la psicología y de la ética y jurisprudencia constituyen el mismo fenómeno, los resultados (de las acciones) de la psicología y los de la ética y de la jurisprudencia se excluyen mutuamente en el plano de la lógica. Esta contradicción insostenible científicamente queda abolida inmediatamente en cuanto se comprende que la voluntad de la psicología explicativa, que elucida el ser, debe ser algo sustancialmente distinto de la voluntad de la ética y de la jurisprudencia, voluntad que se utiliza no para explicar el ser sino para estatuir el debe ser. Si la ética y la jurisprudencia llaman a su voluntad libre, esto equivale a decir que ella se encuentra fuera de todo nexo causal. Y ello es natural, porque este concepto no incluye ningún procedimiento efectivo que pertenezca a la órbita del ser y que para ser comprendido deba ser reconocido como efecto necesario de una causa. De ninguna manera esta voluntad se le presenta a una contemplación del ser orientada por una ley de causalidad que busca una explicación del acontecer. Porque ella constituye una construcción auxiliar realizada meramente desde un punto de vista normativo con el fin de proceder a un análisis del deber ser. Si la capacidad del hombre de ser sujeto

de la imputación, persona en el sentido de la ética y de la jurisprudencia, es caracterizada como voluntad y es declarada "libre", esto no importará ningún otro significado que el siguiente: que la voluntad pensada prácticamente como localizada en el interior del hombre, el que no es idéntico a su cuerpo, al hombre físico, sino a una unidad que caracteriza a la persona en sentido ético-jurídico, es el punto *final* —desde el punto de vista de la persona responsable inicial— de la imputación. La imputación se detiene en la persona o en la voluntad aún cuando irrumpió hace tiempo en una serie causal que se extiende desde el resultado prohibido de la acción, hasta el movimiento corporal del individuo que obra en contra de la ley; pero que, además, atravesándolo, se proyecta hasta el infinito. Es aquí donde la imputación arranca al individuo, como persona, de la cadena de causas y efectos y establece en la "voluntad" un firme punto inicial y final. Con todo, aún sin serie causal, ella encuentra su camino hacia el hombre. Por ejemplo cuando une el resultado de la acción producido por otras causas con quien era el responsable de evitarla y no lo hizo. También aquí la voluntad está libre de toda vinculación causal con el punto inicial y final de la imputación.

Agrego un breve comentario final.

La afirmación de que a la voluntad en el sentido ético-jurídico y a la voluntad en sentido psicológico, le corresponden dos significados completamente distintos, nos lleva a preguntar cuál es el motivo por el cual se ha adaptado esta terminología homónima y fácilmente desconcertante. Y deberá suponerse que ambos términos no fueron desarrollados en forma independiente. Pero ¿cuál es su nexo? En este lugar puedo emitir solamente una sospecha. No es imposible que la construcción ético-jurídica de la voluntad, idéntica a la unidad ético-jurídica de la persona, haya sido un concepto originario. Así como el concepto de la ley nació, como es sabido, en el campo de las concepciones político-jurídicas, con el significado de una norma, e invadió a partir de aquí el ámbito de las ciencias naturales explicativas, donde dicho concepto sufrió luego una metamorfosis para llegar a ser concepto de ley natural, así tampoco debe excluirse la posibilidad de que también el término voluntad haya sido, simplemente, adoptado en primer lugar por la investigación psicológica, históricamente mucho más joven, y que quizás por carecer de suficiente claridad en la distinción del objeto de investigación y en la orientación del análisis, haya sido empleado para cualesquiera procesos anímicos específicos del hombre que no se han apartado de la calidad ético-jurídica de ser

sujeto o término de la imputación denominada voluntad. La localización en el interior del hombre de la voluntad reconocida como término de la imputación puede haberle facilitado aquí especialmente a la apetencia general de contemplación de la realidad, el hacer valer como procedimiento psíquico-real aquello que originalmente había sido pensado como punto ideal de construcción. De esta manera, la voluntad, un concepto auxiliar de estructura normativa, llegó al campo de la contemplación explicativa del ser. Justamente el hecho de que la voluntad también en la psicología apareciera desde el comienzo únicamente como "libre" voluntad o, por lo menos, como aquello que la ética tenía en mente como voluntad o libre voluntad, parece sugerir que la psicología estuvo empeñada en demostrar que la construcción ético-jurídica era procedimiento psíquico.

¡Y esta suposición obtiene a través de determinados resultados de la psicología más reciente, una sorprendente confirmación! Porque últimamente se multiplican las voces de quienes niegan decididamente toda justificación de existencia a una actividad anímica de la voluntad independiente, diferenciada de la imaginación y de la afección. No puedo detenerme aquí en estas investigaciones muy interesantes. Quiero destacar solamente que ya Munsterberg *(El acto voluntario,* 1888) —uno de los principales representantes de esta orientación psicológica— ha señalado el curioso hecho de que el concepto de voluntad desempeña una función mucho mayor en la ética y en la jurisprudencia, que en la psicología; que son muchos más los investigadores de la ética y de la jurisprudencia que se ocupan del análisis y de la determinación de este concepto, que los psicólogos. Mi concepción explicaría por cierto fácilmente esta trasgresión de competencia, y también podría dar una explicación de por qué son tan inservibles los resultados de la psicología para la ética y para la jurisprudencia.[21]

La eliminación total del concepto de voluntad de la psicología sería probablemente la confirmación más brillante de aquella cadena de reflexiones que me permití exponerles aquí. Como cuando en la construcción de un túnel emprendida desde ambos lados, los dos grupos de obreros se encuentran en el lugar de ruptura de la pared, así se encontrarían aquí las argumentaciones psicológicas y las ético-jurídicas, para abrirse paso a través de un molesto escollo de la teoría que

[21] Otras indicaciones bibliográficas están contenidas en mis *Hauptprobleme,* pp. 161 y ss.

ha causado las luchas científicas más infructuosas, a saber, por el ambiguo concepto de la voluntad.

Quizás no me equivoque cuando creo estar percibiendo ya en los intentos antes mencionados de la psicología más reciente, los primeros golpes de martillo que se aproximan cada vez más.

# EL ALMA Y EL DERECHO *

Hans KELSEN

## OBSERVACIONES PRELIMINARES

La presente exposición no debe ser considerada más que como una expresión provisional de mis ideas; no se trata sino de un fragmento de un trabajo mucho más completo que aparecerá próximamente bajo el mismo título. Es en este estudio donde reúno la abundante documentación etnológica y de historia religiosa sobre la cual se fundan mis conclusiones, pero que habría sido imposible resumir en el marco restringido de esta ponencia.

Y puesto que, por otra parte, yo no podría —dentro de los límites que me están prescritos— discutir a fondo las teorías etnológicas recientes, me limitaré a indicar, para facilitar la comprensión de estas páginas, que en la medida en que estas teorías se oponen a la concepción animista de Tylor, no me han convencido del todo. Las concepciones de este gran etnólogo inglés han sido, en mi opinión, por lo menos en lo que se refiere a sus fundamentos verdaderos, mucho menos sacudidas por las críticas de las teorías modernas que lo que podría parecer a simple vista.

Por el contrario, yo apruebo plenamente el método sociológico que prevalece hoy en Francia particularmente en las investigaciones etnológicas. Es en este espíritu donde yo me he esforzado aquí para aportar una modesta contribución a estas investigaciones.

La idea de la inmortalidad del alma siempre ha pertenecido a la esencia misma de la metafísica. Esta alma inmortal no es, evidentemente, la que la psicología estudia bajo este nombre; en tanto que ciencia empírica, ésta no tendría que tratar de una individualidad inmortal situada de algún modo en el más allá. Es sin embargo de la metafísica de donde la psicología ha tomado su objeto, es decir, el alma: pero no ha podido hacerlo si no es aportando a este objeto

* Traducción del francés por Teresa Martínez Terán, U. A. P.

ciertas modificaciones esenciales. Para poder penetrar en el dominio de una ciencia natural, la *psyché* ha debido renunciar a sus alas, a la idea de inmortalidad. Esta metamorfosis la ha vuelto tan profundamente diferente del alma metafísica, que se puede decir también, que ésta ha completamente desaparecido de la psicología empírica.

Este abandono de atributos metafísicos, este cambio de significación que una cierta noción ha debido sufrir al pasar de la metafísica a la ciencia, puede ser observado, con una claridad particular, en el caso de otro fenómeno íntimamente ligado al alma de la cual, en el fondo, no es sino una de sus cualidades: la voluntad, que, en el alma inmortal no existe más que como "voluntad libre". La psicología empírica —que se coloca bajo el signo de la causalidad—, despoja a la voluntad de este atributo de libertad como despoja al alma de la inmortalidad; la concibe como un elemento de la realidad que lo único que tiene en común con la voluntad de la metafísica es el nombre. El dogma de la libertad de la voluntad constituye, junto con el de la inmortalidad, el segundo elemento característico de la metafísica moderna.

El carácter profundamente religioso de esta metafísica se muestra en el hecho de que estos dos dogmas solamente pueden ser concebidos en función de un tercer dogma, el de la existencia de Dios. Los tres constituyen un todo orgánico con sus partes íntimamente ligadas las unas a las otras. Toda metafísica es una religión, sin que deba necesariamente identificársele con las religiones existentes.

La metafísica moderna no conoce sino el alma inmortal del hombre. Y, por otra parte, la función esencial de esta alma no comienza sino en el momento en que la vida —de la cual esta noción pretende dar la explicación— ha dejado de existir, al menos en el orden sensible: es decir, después de la muerte y cuando ya no hay más vida que explicar. Sería más justo hablar aquí de una alma del muerto distinta del alma del vivo, de una alma que no existe más que después de la muerte. En todo caso sería indispensable establecer, en el interés de la ciencia, una separación clara entre estas dos nociones.

## I

Es curioso constatar que las nociones de los primitivos satisfacieron mucho mejor esta exigencia de lo que lo ha hecho el pensamiento moderno. Se encuentra en efecto muy frecuentemente en los primeros una diferenciación más o menos clara entre el alma del muerto y la del vivo. Los griegos mismos no tenían una única noción de alma.

La *psyché* designa en Homero sólo el alma del muerto que reside en el *Hades,* mientras que, con el término de *thymos* designa la fuerza actuante en el hombre vivo y que es la fuente de todas las funciones vitales. Estas dos nociones distintas de alma son los productos de dos tendencias diferentes del espíritu humano, la expresión de dos actitudes diferentes adoptadas con respecto al mundo circundante: la tendencia intelectualista y racional que se manifiesta en el pensamiento cognitivo por una parte; y por la otra, el componente emocional que tiene su fuente en la voluntad y en la vida afectiva. La primera de estas tendencias desemboca en la noción de un mundo exterior enteramente independiente de nuestros deseos y temores, de una naturaleza regida solamente por las leyes de la causalidad objetiva; por el contrario, la otra tendencia engendra un conjunto de nociones cuya verdadera función no es de ningún modo la de dar una explicación del mundo ni la de satisfacer nuestra curiosidad científica, sino que cumplen un papel muy diferente; esta tendencia engendra la representación de lo que, por un lado, es útil y deseable, pero que por el otro es nocivo y temible, o —puesto que se trata ya no de un interés individual sino de un interés colectivo—, de lo que es moralmente bueno o malo, y que constituye por consecuencia a nuestros ojos el orden normativo de la vida humana. Mientras que la tendencia racionalista del espíritu alcanza a la noción de la naturaleza regida por la ley de la causalidad, la tendencia emocional produce por su parte la noción de una naturaleza regida por leyes morales o normas. Son dos mundos que difieren radicalmente tanto como las tendencias del espíritu que ellos reflejan. Parece que la tendencia emocional fue mucho más fuerte al principio de la evolución social. Además, tanto menos justificado estaría el atribuir al hombre primitivo una necesidad natural de explicación objetiva cuando que, la tendencia ya desarrollada hacia el conocimiento racional del universo es todavía hoy, en el hombre medio de la civilización moderna, mucho más débil que la tendencia afectiva que le empuja a establecer juicios de valor, a buscar en los intereses colectivos la justificación de sus intereses individuales.

En la medida en que la necesidad de una explicación objetiva se revela en el espíritu del hombre primitivo, él permanece atado a sus tendencias emocionales y normativas y es completamente dominado por ellas. Eso es lo que aparece claramente y de un modo característico, en la representación que el primitivo se hace de un alma sobreviviendo a la muerte del ser humano, para prolongar su existencia

individual; noción cuya función social analizaremos más adelante. Del hecho de que esta representación es manifiestamente el producto de la tendencia emocional —que en el principio de la evolución social, prevalece en el espíritu de los hombres y no, como la noción de alma del vivo que mira a la explicación de la realidad—, el fruto del componente afectivo del espíritu, se puede concluir en seguida que esta noción de alma del muerto, nacida de la fantasía, del miedo y del deseo, es la más antigua de las dos.

Además esto es lo que resulta igualmente de las investigaciones etnográficas. Hay que tener en cuenta evidentemente que el sentido que reviste el término alma en la creencia primitiva no es en absoluto el mismo que tiene en la metafísica moderna. El alma del muerto, tal como se la imagina el primitivo no se distingue, en el origen de la creencia, del muerto mismo, que a pesar de la muerte continúa viviendo de una manera invisible. El primitivo no tiene conciencia clara de la distinción entre alma y cuerpo porque él no sabe aún distinguir entre una sustancia material y una sustancia inmaterial, como lo hace el metafísico moderno. Sin embargo, nosotros creemos que es legítimo designar este muerto-vivo con el término de alta del muerto, puesto que, es precisamente esta representación confusa y contradictoria la que ha dado nacimiento a la noción de alma tal como la conoce la metafísica moderna. No hay que olvidar que el pensamiento moderno ha surgido de la mentalidad primitiva, y por tanto, la diferencia entre el primitivo no puede ser más que una diferencia de grado. La gran analogía que existe entre la vida psíquica de los primitivos y la de los niños y la de ciertos neuróticos modernos lo prueba.

No es sino mucho más tarde, en un estadio ya avanzado de la evolución social, que se operará lentamente la fusión de estas dos nociones: la del alma del vivo y la del alma del muerto. A partir de ese momento la *psyché* expresará no solamente el alma del muerto sino también la del vivo: el *anima inmortalis* será identificada con el principio de la vida. Es así que en la noción moderna del alma se encuentran reunidas dos nociones absolutamente heterogéneas, y este sincretismo originario explica perfectamente el carácter antinómico de este concepto. A esta noción moderna del alma, que une un elemento explicativo y racional con un elemento afectivo y normativo de naturaleza moral y metafísica, responde por otra parte la estructura lógica de la noción de Dios tal como ha sido elaborada por la teología moderna.

En efecto, las dos se esfuerzan en completar, más allá de la experiencia sensible, la función explicativa de la ciencia, ligando la cadena de causas y de efectos a una causa primera dada en la noción de Dios. No obstante, esta noción implica, además de la idea de una causa primera, la idea de valor supremo, y representa no solamente la realidad absoluta, sino también el bien absoluto. La metafísica y la religión tienen así la misión de satisfacer tanto la necesidad de una explicación última como la de una justificación suprema del mundo. Es en esta noción de Dios que el hombre busca la suprema razón de su conocimiento de lo verdadero y de su voluntad del bien: la ley soberana de la naturaleza y la del espíritu, es decir, de la moral y del derecho, en una palabra la ideología de la sociedad.

Está claro que esta segunda función que consiste en justificar el mundo y en fijar reglas para la acción y para la voluntad del hombre, así como para reglar su comportamiento hacia los otros hombres, confiere a la religión un alcance social de primer orden. Dado que la religión, por su esencia misma, reivindica un valor absoluto para las normas y los valores que ella establece —es precisamente la noción de Dios, objeto esencial de la religión, lo que permite conferirles este carácter absoluto—, toma necesariamente, según la actitud que adopte hacia el orden social existente, el carácter de una ideología conservadora o revolucionaria, y de este modo se convierte, ya sea en el apoyo más decidido, o ya sea en el enemigo más peligroso del Estado y del derecho positivo. Es comprensible que las diversas ideologías vacilen en reconocer el carácter ideológico, y en consecuencia el alcance social de la religión, que se esfuercen en colocarla fuera y por encima de los diversos conflictos de intereses, de levantarla en regiones serenas donde pueda estar al abrigo de los conflictos sociales. En otros términos, la teología, buscando que en la realidad objetiva le reconozcan sus pretensiones subjetivas de valor absoluto, se esforzará, llegado el caso, por colocar la esencia verdadera de la religión fuera del dominio social, al amparo de todo conflicto de fuerzas y de intereses; podrá hacerlo tanto más cómodamente que la religión no tiene nada más un aspecto ético y político, y que no solamente busca dar un fundamento al deber, sino que además trata de revelar la causa del ser.

El dogma metafísico de la inmortalidad del alma —igual que el de la libertad de la voluntad— requiere entonces de la función justificadora, de la función ético-política de la religión, y no de su función explicativa o en cierto modo científica. Así se explica que esta idea se

haya mantenido a pesar de todos los éxitos que el conocimiento empírico de la naturaleza ha podido alcanzar sobre la metafísica. Lo mismo pasa con la idea de la libertad de la voluntad con la que no se pretende explicar un hecho psíquico real, sino únicamente un postulado, una disposición normativa; igual que no se entiende por voluntad libre más que el término final de una imputación sin intentar negar de alguna forma la causalidad natural. Al mismo tiempo, el alma inmortal es considerada como teniendo su asiento en un dominio que de ningún modo rige la ley natural de las causas y de los efectos, sino la ley eterna de la moral y del derecho. Es por lo que no se puede atribuir un alma inmortal —ni tampoco una voluntad libre— más que al hombre. Las normas del derecho y de la moral sólo se relacionan con el comportamiento humano; la sociedad constituida por estas normas sólo puede estar hecha de seres humanos, y la idea de justicia, que, en tanto que ideología específica de la sociedad es la única base concebible del dogma de la libertad de la voluntad, como del de la inmortalidad del alma, no podría ser aplicada fuera de las relaciones sociales de los hombres. La idea de un alma inmortal es una ideología social.

Yo me propongo ilustrar esta observación mediante el ejemplo de la religión que en Occidente fue la primera en formular y en sistematizar la doctrina de la inmortalidad del alma; me refiero a la religión helénica. Pero como resulta que los elementos, o si se quiere, los *germes* más antiguos de esta religión presentan una impresionante analogía con las representaciones del alma que todavía hoy se hacen ciertas poblaciones primitivas, también tendremos que decir algunas palabras sobre estos últimos.

## II

Generalmente se considera que la religión helénica era la de los dioses olímpicos, tal como nos lo han transmitido la *Iliada* y la *Odisea*. En efecto, esa era la religión dominante, de algún modo oficial, de Grecia y del periodo post-homérico y lo siguió siendo hasta la ruina de la civilización helénica. Pero este Olimpo del cual Zeus, rey omnipotente del cielo, era el jefe, no ejercía en la época en la que estas dos epopeyas inmortales le dan una forma artística, sino un imperio muy limitado, tanto espacial como socialmente. Podemos afirmar con certidumbre que, en esta época, sólo era la religión de los griegos del Asia Menor, en cuyo seno nacieron los poemas homéricos, y que la religión descrita por el poeta no era otra que la de las clases

dominantes. Conviene no representarse la religión contemporánea de la metrópoli y la de la clase oprimida de los campesinos, como idénticas a la religión de Homero, aunque ésta haya terminado por tener tal repercusión en la madre-patria que llegó a convertirse en la religión dominante. Hay que cuidarse, en particular, de considerar la idea del alma en Homero como común a todos los griegos. Homero no conocía la sobrevivencia del alma. La *psyché* que abandona el cuerpo del muerto no tiene existencia real, es una sombra. El *Hades*, la residencia de los muertos, no está poblada más que de sombras desprovistas de conciencia y de sensibilidad. Estas almas de los muertos no ejercen ninguna influencia sobre los vivos; no pueden hacerles ni bien ni mal y no son ni temidas ni adoradas. No son por otra parte seres eternos que prolonguen en el más allá la existencia de los muertos o que pudieran esperar la retribución por sus obras. Su estado las vuelve incapaces de sentir ya sea una pena, ya sea una recompensa. Los raros pasajes, en la *Iliada* y en particular en la *Odisea*, en donde se trata del castigo que alcanza en el *Hades* el alma de los perjuros, o las de los pecadores que expían sus crímenes en los infiernos, son, o bien restos de creencias anteriores o bien interpolaciones tardías. Puesto que no es sino en la época post-homérica que nace entre los Orficos y los Pitagóricos, en los misterios de Eleusis y en otras partes, la creencia en un alma inmortal persiguiendo su existencia en el más allá después de la muerte: creencia que fue retomada y desarrollada por poetas como Píndaro y por filósofos como Platón. Pero se encuentra igualmente en la religión de la época pre-homérica una concepción totalmente diferente de la de Homero con respecto a la naturaleza del alma de los muertos. Ciertamente, esta concepción no es idéntica a la creencia en la inmortalidad del alma de la época post-homérica, pero está mucho más próxima de ella que de la vana existencia de sombras en el *Hades* de las que habla Homero. El elemento principal de esta creencia pre-homérica era el temor a la cólera del muerto que amenaza a los vivos de diferentes maneras, y que éstos deben apaciguar recurriendo a todo tipo de sacrificios y de actos propiciatorios.

Volvemos a encontrar, por otra parte, esta creencia en la mayor parte de los pueblos primitivos. Las almas de los muertos de la época pre-homérica eran, a diferencia de las sombras inertes de Homero o de las almas inmortales de los Orficos y de los Pitagóricos, demonios malhechores que se manifestaban a los hombres bajo las formas más diversas. En primer lugar, era el cadáver mismo el que se consideraba

como el lugar del alma del muerto; pero ésta podía igualmente tomar cuerpo en un animal; la serpiente en particular, jugó muy frecuentemente en los griegos —como en la mayor parte de los pueblos primitivos— el papel de sede del alma, es decir, del muerto; por lo demás, desempeñó un papel importante incluso posteriormente, en el culto que se rendía a ciertos dioses que revestían a veces la forma de una serpiente. Sólo recordaremos de paso que Zeus mismo fue adorado en forma de serpiente. El alma del muerto podía también manifestarse en los árboles, en las piedras y en otros objetos inanimados, es decir, como fetiches. Y efectivamente, constatamos durante la época histórica en Grecia, numerosas supervivencias de un fetichismo de los árboles o de las piedras. Pero es sobre todo en el culto extremadamente desarrollado de los cadáveres y de las tumbas —culto del cual existen numerosos testimonios tanto del periodo prehomérico como del poshomérico—, que la creencia en el alma de los muertos se ha mantenido claramente. La costumbre, que se encuentra incluso en los pueblos más primitivos, de enterrar el cadáver, de quemarlo, o de hacerlo desaparecer de alguna otra manera, se explica muy probablemente por el temor que inspiraba el alma del muerto. No se trata aquí de consideraciones de higiene determinando la conducta de los primitivos —estas consideraciones no jugaban ningún papel entre ellos— sino del deseo de protegerse contra esta alma. Es lo que parecen probar numerosos usos que se relacionan con el amortajamiento de los muertos entre los pueblos primitivos, como por ejemplo las prácticas consistentes en atar el cadáver, en desmembrarlo, en quebrar los huesos o en recubrirlo de piedras, etcétera.

## III

El hecho decisivo, para una interpretación sociológica de la creencia en el alma de los muertos, es que el primitivo, en todos los casos en los que admite la existencia de un alma de los muertos, atribuye a esta alma malas intenciones con respecto a él, y considera al muerto como un ser malo, extremadamente peligroso, del cual se puede esperar toda clase de males, particularmente enfermedades, y sobre todo la muerte. El terror instintivo que el primitivo tiene a la muerte se convierte en miedo al muerto y engendra la idea de un alma malhechora que es como el doble del mismo muerto. Pero, ¿cómo explicar esta transformación del miedo a la muerte en miedo al muerto, esta transferencia del miedo al muerto que se convierte así en el objeto concreto del terror? La transferencia no se produce por sí misma; el

animal, tan próximo del primitivo y cuyo comportamiento puede ser comparado con el del salvaje, teme también a la muerte y le resiste con toda la fuerza de su instinto, sin que se pueda sin embargo constatar en él un miedo hacia los muertos, ni siquiera a los de su misma especie. Conviene agregar además que este temor a los muertos que encontramos en todos los primitivos, está en contradicción con su experiencia inmediata y en alguna forma cotidiana de la vida. Puesto que el primitivo está acostumbrado a la muerte y a los muertos mucho más que el hombre civilizado; matar es para él una acción ordinaria, y él mata no solamente bestias sino también a sus semejantes; y lo hace muy frecuentemente por la sola razón de que les teme y para no tener que continuar temiéndoles, y sobre la base de una experiencia constante que le enseña que aquello que está muerto ha cesado —precisamente como consecuencia de la muerte— de ser peligroso.

La creencia en el alma del muerto se muestra particularmente paradójica en el caso en que el miedo nace en el salvaje justo en el momento en que se realiza la situación que, en otras circunstancias, despojarían al objeto de su terror de todo carácter temible; es decir, en el caso en que él comienza a temer algo cuando este algo muere, siendo que, en el estado vivo, este algo no sólo no le inspiraba ningún o casi ningún temor, sino que incluso él podía quererlo con una profunda afección: su padre, por ejemplo, su madre u otros miembros de la familia. Ahora bien, es precisamente el miedo a las almas de los muertos que pertenecen al grupo social más cercano al primitivo, particularmente el miedo a las almas de los ancestros, el que constituye el núcleo de la creencia en el alma de los muertos. La transferencia del miedo de la muerte al muerto como objeto concreto de este terror aparece entonces, muy particularmente en el primitivo, poco natural y reclama una explicación.

Se puede encontrar esta explicación, antes que nada, en el mecanismo particular del pensamiento primitivo. El primitivo no podría representarse como una abstracción la muerte que teme. La tendencia a materializar sus ideas, que se manifiesta además en todos los dominios de la vida psíquica, le hace ver en la muerte la encarnación misma del muerto. La muerte es para él el muerto. Ella reside en el muerto del cual constituye la sustancia mortal. Y como esta sustancia mortal extiende por contagio a su alrededor la muerte, conviene, en la mentalidad del primitivo, no aproximarse al cadáver y enterrarlo o destruirlo lo más pronto posible. La idea que él se forma de un

alma del muerto es entonces la expresión ingenua de su idea de la muerte.

Pero la simple transferencia del miedo de la muerte al muerto o al alma del muerto convertida en el objeto de este terror en tanto que causa posible de la muerte, no podría, de ningún modo, constituir una explicación de conjunto del fenómeno de la creencia en la existencia de un alma de los muertos. Hay que tener en cuenta efectivamente, que los primitivos relacionan al alma de los muertos, y muy particularmente a las de sus ancestros, no solamente la muerte como tal, sino también las enfermedades y todo acontecimiento nefasto de la vida individual o colectiva; por ejemplo, una caza desafortunada o una mala cosecha, la esterilidad de las bestias o de las personas, etcétera; es decir, acontecimientos que no tienen ninguna relación, al menos directa, con la muerte. Todavía habría que añadir que el primitivo, si bien teme que el alma del muerto le ocasione un mal, por otro lado también puede relacionarla con un beneficio. Ahora bien, esta función bienhechora del alma de los muertos, esta función protectora, no puede ser explicada por el temor a la muerte y su transferencia al muerto. Admitiendo incluso que esta función protectora del alma de los muertos no juega más que un papel secundario, y que los sentimientos de amor y de reconocimiento que ella engendra en el primitivo no pudieran compararse en intensidad al temor que le provoca su influencia maligna, no por eso este segundo elemento va a pertenecer menos a la ideología religiosa que aquí estudiamos; él constituye, incluso, juntamente con el miedo, uno de los rasgos esenciales de esa ideología: la actitud ambivalente del primitivo hacia la muerte y el alma del muerto.

Aún hay que tener presente otro hecho: un análisis profundo de los datos etnográficos muestra que la transferencia en cuestión del miedo de la muerte al muerto, no ocurre cada vez que el primitivo se encuentra en presencia de la muerte, es decir, cada vez que él asiste al paso de una vida a la muerte; por otra parte, cuando se produce esta transferencia no ocurre siempre de la misma manera ni con la misma fuerza, como debería ocurrir si la transformación no estuviera influenciada por ningún otro factor. El proceso de transformación del miedo de la muerte en miedo al muerto, y de allí a la representación de un alma del muerto, difiere completamente según se trate de un animal muerto o de un hombre muerto, y depende muy particularmente del grupo social al cual pertenece el muerto humano. Un análisis crítico de la abundante documentación de la cual se dispone a este

respecto prueba que estas diferencias están determinadas ante todo por factores sociales.

Primeramente se comprueba que el primitivo se comporta de diferente modo frente a los muertos de su propio grupo social que frente a los de un grupo extraño; o, dado el caso, que frente a los de un grupo enemigo. El temor al alma del muerto y, como consecuencia, la representación misma de esta alma —que de hecho no se distingue del temor— aparece especialmente, como hemos dicho, en todo lo que se refiere al cadáver; por ejemplo en el deber de enterar al muerto, de rendirle honores, etcétera. Estas prescripciones forman parte de las medidas de defensa que el primitivo toma contra el muerto y que, a pesar de presentar un carácter completamente diferente en su apariencia, son igualmente engendradas por el miedo. Es por esta razón que casi todos los primitivos consideran el hecho de dejar el cadáver sin sepultura o bien el de su profanación como uno de los crímenes más graves, susceptibles de provocar la cólera del alma del muerto y de hacerlo tomar una venganza particularmente terrible. Igual que los aqueos de la *Iliada* consideraban un deber sagrado enterrar a sus compañeros de combate, al mismo tiempo que juzgaban legítimo abandonar los cadáveres de los troyanos a los perros y a las aves de rapiña, ciertos pueblos primitivos establecen todavía hoy una diferencia análoga entre los muertos caídos sobre el campo de batalla. Es probable que en el origen, el primitivo no temiera a los muertos de una tribu extraña o enemiga y que no le atribuyera a sus almas la capacidad de ejercer una acción maligna. Se puede quizás conjeturar que, en los tiempos primitivos, los salvajes no experimentaban más que un sentimiento de placer matando a sus enemigos, mientras que la muerte de un miembro de su propio grupo le causaba una angustia terrible debida al miedo; no era temor de la sanción social, sino de la venganza del muerto. Y este miedo era tal que bastaba para impedir las muertes en el seno de un mismo grupo social. Probablemente, en el origen, la ideología religiosa de la creencia en el alma de los muertos estaba limitada al propio grupo social. Fue en un estadio mucho más avanzado de la evolución humana, y sólo cuando la conciencia social se hubo ampliado considerablemente, que la muerte de un hombre perteneciente a un grupo extraño, es decir, de un enemigo, dejó de suscitar sentimientos exclusivamente agradables, de ser considerada como un acto honorable; y quien la profería, debía igualmente temer al alma del enemigo que había matado. La idea de que el enemigo poseía también un alma de muerto capaz de vengarse de quien le había dado

muerte, data según parece de una época más reciente, ya que en su aplicación al grupo extraño o enemigo, la ideología de la creencia en el alma de los muertos aparece mucho menos eficaz. Mientras que la muerte de un hombre que pertenece al mismo grupo social de quien la infringe, es considerada como inexpiable, y al asesino como un condenado a la venganza del muerto sin que haya posibilidades de perdón, la venganza que provoca la muerte de un enemigo sí se puede evitar mediante ceremonias de purificación, finalmente bastante simples. El temor al enemigo muerto y, consecuentemente, la noción de su alma y de su poder, es considerablemente más débil que la del alma del muerto del propio grupo social.

El papel de los factores sociales en la formación de la creencia en el alma de los muertos aparece con una gran claridad en los pueblos que han conservado algunos vestigios de organización matriarcal, en las que, por ejemplo, el cadáver sólo es tabú para los parientes del lado materno y en consecuencia, sólo es temible para ellos; mientras que los parientes del lado paterno pueden aproximársele sin miedo. Es evidente que el alma de un jefe muerto, de un *medicine-man*, o de cualquier otra personalidad del grupo social, inspira un temor mucho más grande que la de cualquier otro hombre común. No hay diferenciaciones sociales en el seno del grupo familiar que no se reflejen en esta creencia en el alma de los muertos. En muchas tribus primitivas la muerte de un hombre entraña el deber de venganza; deber ordenado por el alma del muerto; mientras que esto no sucede en el caso de la muerte de una mujer. Por lo que respecta a los niños, su muerte, en el momento de su nacimiento, puede ser ocasionada sin que haya que temer la venganza de sus almas. De ahí se sigue que los cadáveres de las mujeres o de los niños, en ciertos pueblos primitivos, no son enterrados con el mismo cuidado que los de los hombres, y a veces son simplemente arrojados en los matorrales. Esto se practica, con más razón, respecto de los esclavos que pertenecen a una tribu extraña y enemiga y que han sido capturados en el curso de un combate.

La influencia de los factores sociales sobre la formulación de la creencia en el alma de los muertos, aparece de un modo todavía más impresionante cuando se observa la relación de esta última con los animales, es decir, ahí donde el primitivo continúa la sociedad que para el hombre civilizado se detiene. Es verdad que no se podría pretender que el primitivo no creyera en un alma del muerto en las bestias, pero cuando él admite la existencia de esta alma, se constata

siempre que se trata de un alma de naturaleza humana o muy parecida al alma humana. Es un fenómeno que se relaciona muy estrechamente con el totemismo, el cual se caracteriza precisamente por el hecho de que se establece una relación de parentesco entre un grupo social dado y un determinado animal, es decir, que se establece una relación social. La ley fundamental del totemismo se expresa en la norma que prohíbe matar al animal totem. Sin embargo, cuando por cualquier razón la muerte del animal totem se convierte en inevitable como, por ejemplo, cuando la imponen las necesidades alimentarias, es acompañada de ceremonias expiatorias análogas a las que se celebran con la muerte de un enemigo; puesto que, del alma de un animal muerto y del alma de un hombre muerto se teme lo mismo: la venganza.

# EL CONCEPTO DE ESTADO Y LA PSICOLOGÍA SOCIAL

## (Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud) * ** [1]

Hans Kelsen

## I

Como todas las formaciones sociales, el Estado —la más significativa de ellas— es la unidad específica de una multiplicidad de individuos o de actos individuales. Preguntarse sobre la naturaleza del Estado retrotrae, en el fondo, a plantear la pregunta de la naturaleza de esta unidad. Podemos plantear el problema que nos preocupa en estos términos: de qué manera, según qué criterio, esta multiplicidad de actos individuales alcanza a componer —como se supone habitualmente— una unidad superior, cómo los individuos o los actos humanos individuales que forman el Estado se unen en un todo supraindividual. Pero esta pregunta es idéntica a la pregunta concerniente a la "realidad" particular del Estado, del modo específico de su existencia. Y si —como la sociología moderna lo da a entender, que es posible concebir al Estado, así como todas las otras formaciones sociales, como realidades naturales—, se cree poder atribuir al Estado la misma realidad o la misma forma de existencia que la de los objetos de la naturaleza, se supone de esa manera que el conocimiento sociológico, con cuyo apoyo está fundada la unidad de su objeto o de sus objetos, debe tener fundamentalmente un carácter de ciencia natural, es decir, debe utilizar un método científico que obedezca a principios de causalidad. De esta manera, se toma la costumbre errónea de identificar sencillamente "realidad" con realidad natural y se supone deber

* "Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit Besonderer Berucksichtigung von Freuds Theorie der Masse": *Imago*, 1922, VIII, 97-141.

** Traducción de F. Lucce.

[1] *Cf.* Freud, *Totem et Tabou*, 2a. ed., 1920, y *Psychologie des masses et analyse du moi*, 1921; después mi estudio: "Le concept de l'Etat d'un point de vue sociologique et juridique", Tubingen 1922, de donde se extraen ciertas partes de este trabajo.

asumir un objeto, en la medida en que se quiere afirmar su existencia "real", como objeto natural, y por ende como objeto a ser definido en términos de ciencia natural. De allí la tendencia de la sociología moderna a establecerse como biología, particularmente como psicología, particularmente como psicología, y a comprender la relación de unidad que une la multiplicidad de los actos individuales a las formaciones sociales, como una relación de causa-efecto.

También la sociología orientada psicológicamente busca definir la esencia de lo social en general, y de las formaciones sociales en particular, especialmente del Estado, siguiendo dos direcciones: en primer lugar, los hechos sociales son concebidos como procesos psíquicos, como acontecimientos del alma humana, respecto de los movimientos corporales concebidos como "pertenecientes a la naturaleza", en el sentido más estricto del término; pero después se reconoce al momento social en una relación específica, una interrelación entre los hombres, una coexistencia que se produjo de alguna manera, y se supone ver este lazo en la interacción psíquica, es decir, en el hecho de que el alma de un hombre actúa sobre el alma de otro y de ella recibe efectos a su vez. Una sociedad existe; luego es real, expresa en forma característica: "cada vez que varios individuos entran en interacción". Esta interacción nace siempre a partir de ciertas tendencias o con vista a ciertas metas. Estas interacciones demuestran que de los representantes de estas metas y de estas tendencias, nace una unidad, o sea una "sociedad". Ya que "unidad", en el sentido empírico del término, no es otra cosa que una interacción entre elementos: un cuerpo orgánico es una unidad, porque sus órganos están en una relación de intercambio de sus energías más íntimo que con ningún otro ser exterior, un Estado se define como tal porque entre sus ciudadanos existe una relación correspondiente de intercambio recíproco; en fin, no podríamos definir al mundo como unidad si cada una de sus partes no influyera sobre cada una de ellas de una manera u otra, si en alguna parte, la reciprocidad, como siempre mediatizada, fuera obstruida.

> Toda unidad o hecho de asociación puede, según la manera y la estrechez de las interacciones, realizarse en grados muy diferentes, desde la asociación efímera de un paseo hasta la constitución de una familia, desde toda relación provisoria hasta la pertenencia a un Estado, desde el encuentro fugitivo de los pensionistas de un

hotel hasta la solidaridad profunda de una corporación (guilda) medieval.[2]

Pero esta determinación de la esencia de la sociedad, que apunta evidentemente a la comprensión de las supuestas formaciones sociales, es problemática en muchos sentidos. En la medida, al menos, en que quiere explicar la realidad, el tipo de existencia específico, el criterio característico de la unidad del Estado. Ya que si se desea entender el lazo entre los hombres denominado "Estado" como interacción psíquica, no hay que perder de vista que en ningún caso "interacción" significa enlazamiento de los elementos sociales. Todo análisis sociológico opone a una acción asociativa que engendra la sociedad bajo la forma de unidad, una acción disociativa, que destruye a la sociedad. Ahora bien, estas "fuerzas" de asociación se manifiestan bajo el aspecto de acciones o interacciones entre los elementos psíquicos. Que sea demostrada la presencia entre los hombres de interacciones, de ninguna manera prueba el lazo específico que convierte a una multitud de hombres en una sociedad. El Estado —como por otra parte todas las otras formaciones sociales— es manifiestamente una unidad de hombres, producida sólo mediante interacciones asociativas: importa este lazo por sobre todas las cosas, y su particularidad permite evidentemente al Estado diferenciarse respecto de todas las otras formaciones sociales como la nación, la clase, la comunidad religiosa, etcétera. Si no se dispone de otro criterio que el de la interacción asociativa, es sencillamente imposible reconocer, entre los innumerables grupos en los que la humanidad se divide, este lazo particular denominado Estado. La familia, la nación, la clase, la comunidad religiosa, serían todas unidades ligadas por interacción, y si deben distinguirse unas de otras y frente a la unidad social del Estado, habría que presuponer para estas unidades, y sobre todo para el Estado, un concepto absolutamente extrasociológico.

No hay duda de que, en la sociología moderna, se parte de un concepto que ha sido tomado de otra disciplina, para tener una aproximación a lo que se presupone ser la realidad social. La argumentación que debe hacerse es esta: los hombres que pertenecen a un Estado, que constituyen el Estado, luego la unidad del Estado, esto se presupone como dado, aun para los sociólogos que se dedican a investigar empíricamente la unidad social del Estado y de definirla. *Pero es la ciencia del derecho la que da la unidad del Estado presu-*

[2] *Soziologie*, 1908, pp. 5, 6.

*puesta incluso por los sociólogos,* y la pertenencia al Estado es determinada desde un punto de vista jurídico según la validez coherente de un orden jurídico presupuesto como válido. Pero este orden jurídico o estatal presenta una articulación de los elementos específicamente autónoma y que es en todos los aspectos diferente del sistema causal de las leyes de la naturaleza. Todos aquellos con respecto de quienes este orden jurídico o estatal es reconocido como válido, serán considerados como pertenecientes al Estado. No es a partir de un examen empírico-psicológico de las interacciones entre los hombres como se determinará si alguien pertenece al Estado ¡Cómo sería posible! En el mejor de los casos se puede examinar si los individuos que se consideran desde un punto de vista jurídico como pertenecientes a un Estado, se encuentran también entre sí en esta interacción que se toma como el elemento constitutivo de la unidad *real* de la sociedad. El defecto de este método es flagrante, especialmente cuando llega, como siempre, hasta establecer la ficción de que la unidad sociológica construida sobre una causalidad empírica coincide con la unidad específicamente jurídica del Estado. ¿O acaso la sociología empírica hubiera pretendido jamás que individuos puedan pertenecer a cierto Estado bajo el ángulo sociológico por cierto, pero no jurídico o inversamente? El hecho que los individuos reunidos en la unidad jurídica del Estado —entre otros, niños, locos, durmientes, a los que les falta la conciencia de esta pertenencia— estén en esta interacción psicológica, que representa el lazo interno de la conexión sociológica, es tanto una hipótesis emitida por la sociología dominante con la mayor naturalidad, como una ficción inadmisible. Sorprende que su resultado, la coincidencia plena de los puntos de vista causal-sociológico y normativo-jurídico, no haya desconcertado un poco, y que no se haya siquiera encarado la eventualidad de que la realidad sociológica que se denomina Estado podría según sus dimensiones ser muy diferente del Estado jurídico, en cuyo caso cabría preguntarse seriamente si es posible tratar como una misma cosa encerrada en el mismo concepto, a las dos unidades adquiridas mediante métodos tan diferentes, cuya común dimensión se quiebra ahora hasta tangiblemente.

Pero si se tiene en cuenta las fuerzas de disociación, las interacciones disgregantes, ya no se entiende cómo hombres ligados recíprocamente mediante "interacción" en grupos sociales, por intereses económicos, nacionales, religiosos u otros, pero separados fuera de estos grupos justamente por estos mismos intereses, hombres que a su vez pueden estar intelectualmente reunidos en una unidad de derecho, de

deber-ser o de norma, deban estar ligados realmente también, pese a estas fuerzas contrarias disgregantes. Si el análisis sociológico permite notar en el interior de la colectividad —estatal— jurídica y no empírico-causal una división en clases económicas, entonces la afirmación de un lazo simultáneo de "Estado" entre individuos reconocidos como divididos, constituye una contradicción insoluble. Porque se trata de realidades *psicológicas*, de procesos que se desarrollan en la conciencia, es imposible afirmar que empresarios y obreros están divididos por oposición de conciencia de clase y al mismo tiempo ligados por la comunidad de conciencia de Estado. La lucha de clases debe desaparecer de la conciencia cuando la comunidad estatal debe tornarse viva en tanto unidad real, socio-psicológica. He aquí el sentido que se otorga corrientemente a los partidos políticos del Estado cuando hay peligro: rechazar de la conciencia las contradicciones en las que se apoya la Constitución política de grupos para dar lugar a la conciencia de Estado, es decir, formar en los miembros jurídicos de un Estado una unidad incluso desde el punto de vista psicológico-real, una unidad efectiva. Pero no se puede decir en qué medida tal pretensión se realiza concretamente o puede realizarse. ¿Cómo podría creerse seriamente posible que los límites jurídicos del Estado resuelvan también desde el punto de vista psicológico-empírico esta red de interacciones asociativas que, por sí solas, hacen del Estado una unidad sociológica real? ¿Los intereses de clase, nacionales o religiosos no deberían ser más fuertes que la conciencia de Estado, no deberían constituir grupos más allá de los límites jurídicos, y de esta manera cuestionar la consistencia de un grupo que coincida con la unidad jurídica del Estado? Por cierto que sí, si se emite la hipótesis —*indispensable* para la Constitución de la unidad social sobre la base de la interacción psíquica— según la cual una multiplicidad de hombres sólo forman una unidad empírico-real en la medida, y únicamente en este caso, en que las interacciones que los ligan entre sí son fuertes, más intensas que las que los ligan a otros, cuando están como los órganos de un cuerpo vivo —para expresarse como Simmel— "en una relación de intercambio recíproco de sus energías más íntima que con ningún otro ser externo". Ya que ¿quién podría cuestionar seriamente que, por ejemplo, una comunidad nacional no teja o no pueda tejer un lazo infinitamente más íntimo entre los miembros de distintos estados que el de la pertenencia jurídica a un Estado? ¿La teoría sociológica de la interacción psíquica está decidida a extraer de su doctrina las consecuencias que resultan de ella para el Estado que, si

se lo quisiera fundar sobre ésta, debería naufragar en los abismos inmensos de las contradicciones económicas, religiosas y nacionales.

Si se quiere ver la esencia de la realidad social y por ende, del Estado como parte de la realidad social, en un "lazo" caracterizado en cierta manera como psíquico, no es superfluo hacerse una idea precisa del carácter absolutamente figurado de esta representación, por medio de la cual una relación espacial es transferida sobre hechos psicológicos no-espaciales. Es aquí donde se hace sentir particularmente la molestia de describir procesos psíquicos con un lenguaje recortado del mundo corporal. Y esta dificultad se duplica todavía por el hecho que el significado pleno de lo social no se agota evidentemente por el hecho de reconocer allí una unión simplemente psíquica y por el hecho de que, en cierta manera, la reunión física en un mismo espacio de cuerpos humanos sobre una parte de la superficie terrestre pueda ser considerada como formando parte. Sólo evocaremos aquí el concepto de Estado a título de ejemplo. Y en realidad, cuando se consideran los fenómenos sociales como puros acontecimientos psíquicos —como la sociología moderna lo afirma sin sacar conclusiones— se excluye por completo a estas *formaciones*, a estas *unidades sociales* que, finalmente, se imponen a toda sociología constituyendo su objeto.

Si se somete a un análisis lo que un lazo social puede significar psicológicamente, se deduce, como sentido de la afirmación que A está ligado a B, sin que los dos estén ubicados como cuerpo en el mismo espacio, no una relación "exterior" sino "interior". Como dato psíquico, el hecho de estar ligados es una representación o un sentimiento en el espíritu de A que sabe que está o siente que está ligado a B, así la esencia de este lazo que estrecha el amor alrededor de dos seres es el hecho que, en uno, la representación del otro aparezca con una tonalidad afectiva específica que sólo encuentra su expresión a través de una imagen espacio-corporal: A está encadenado a B, indisolublemente ligado y apegado a B. Incluso el Estado aparece —como lazo social— en el sentimiento que acompaña en el espíritu del individuo la representación de cierta comunidad: instituciones comunitarias, medios comunitarios, etcétera. Pero la hipótesis está pendiente de formular de un concepto de Estado extrapsicológico, cuyo reflejo psíquico —sin importancia en su esencia— pueda producir en los hombres que hacen experiencia del Estado, ese sentimiento de "estar ligados". Es erróneo hablar de un lazo "entre" los hombres: si la sociedad pertenece a lo psíquico, entonces este "lazo" que es recono-

cido como sociedad se opera enteramente en el individuo. Si se afirma que A está ligado a B, se trata de una relación absolutamente intraindividual hipostasiada, transpuesta por error al mundo extracorporal. "Ligado" significa que en el espíritu de A, la representación de B está de alguna manera cargada efectivamente. E incluso un "lazo" absolutamente análogo en el espíritu de B respecto de la imagen de A —una reciprocidad que, por otra parte, no es necesaria para plantear la hipótesis de un lazo entre A y B— no puede alterar el *carácter absolutamente intraindividual del "lazo" social.* No es necesario hablar de interacción. Que el sentimiento de lazo nazca en A tiene seguramente sus causas, entre las cuales un papel puede ser desempeñado por el comportamiento de B. Pero el lazo no está en el efecto ejercido por B sobre A.

Se deduce que una interacción supuesta entre los hombres no puede ser enteramente psíquica, ya que la cadena causal en cuestión debe, para ir desde el espíritu de A al de B y viceversa, caminar dos veces a través de los dos *cuerpos.* No estudiaremos en detalle la problemática de tal cadena causal psicofísica y de la naturaleza, no ya psíquica sino psicofísica, de la unidad social fundada sobre ella. Nos atendremos a la comprobación de que la reflexión sociológica, en razón ya de la teoría de la interacción pensada puramente en términos psicológicos, no puede hallar satisfacción en este terreno psicológico, que le es inmanente por la intromisión del concepto de sociedad determinado como interacción *psíquica.* Y la tendencia evidenciada en todos los sociólogos, generalmente en forma inconsciente, de hacer estallar el marco psicológico, se reduce sobre todo al hecho de que *toda investigación psicológica en síntesis sólo es pensable en términos de psicología individual,* ya que una vez sumergida en las profundidades del espíritu individual, no puede volver a salir. Para la reflexión psicológica, el alma individual es realmente una mónada sin ventana. He allí por qué toda la sociología apunta hacia un objetivo supraindividual, porque está en la naturaleza de lo social tender a ir más allá de lo individual, en tanto lo social parece incluso significar el desbordamiento y la negación del individuo como algo totalmente heterogéneo.

## II

*Se presume permanecer en el terreno de lo psicológico, presumiendo también, sin embargo, aprehender lo supraindividual,* cuando se reconoce como una forma de lazo social o de la unidad social, a una pluralidad de individuos como comunidad por el hecho que se supone

poder lanzar la hipótesis de una especie de convención del contenido de su voluntad, de su sentir, de su pensamiento. Podríamos hablar aquí de un paralelismo del proceso psíquico, y siempre existe uno similar cuando se trata de "voluntad colectiva" o de "sentido común", de conciencia o de interés colectivo. Es a este estado de cosas que la pretendida psicología de los pueblos denomina "espíritu popular". En la medida en que este concepto sólo expresa cierta comunidad de conciencia, es inofensivo. Permanece no obstante la tendencia evidente de afirmar este "espíritu del pueblo" como una realidad psíquica, distinta a las almas individuales, por lo que el concepto de espíritu del pueblo adquiere el carácter metafísico inherente al espíritu objetivo según Hegel.

Cuando se desea caracterizar al Estado como realidad socio-psicológica, es muy común que se lo afirme como semejante a una de estas comunidades constituidas según el esquema del paralelismo de los procesos psíquicos y especialmente como una voluntad colectiva construida como los actos de voluntad de una multiplicidad de individuos. Pero acercando la mirada, resulta que un significado puramente psicológico de estas "comunidades" en ningún caso permite que se las entienda como unidades sociales, supraindividuales. Ya que lo que se exige en primer lugar del concepto de unidad social, y es exigido también por todos los sociólogos, es que este concepto no represente a la simple abstracción de características similares en una multiplicidad de individuos, sino una reunión de cierto tipo, un lazo de estos individuos dentro de una unidad superior. El concepto de negro como quintaesencia de todos los hombres de piel negra no significa una unidad social o una sociedad, mas que decir, por ejemplo, que todos los seres vivos que tienen una respiración branquial constituyen un organismo. Allí está justamente el *tertium comparationis* válido en todas partes entre la sociedad y el organismo y que reside en esto: una síntesis de los elementos que desborde la simple abstracción es el momento constitutivo, aquí como en otra parte, de la unidad de la multiplicidad. Que se proyecte, por así decirlo, esta síntesis sobre el objeto mismo, que se presente a la comunidad como la unidad sostenida por la interacción entre los hombres, es un error al que será necesario encontrarle corrección en una conexión ulterior. En efecto, que una multiplicidad de individuos quieran, sientan o representen las mismas cosas, no significa ninguna otra "comunidad" que aquella concebible dentro del concepto de un rasgo corporal común. Pero si se agrega además en cada individuo la conciencia o el sentimiento

de la comunidad, la estructura del concepto no gana nada esencial y así no se establece ningún lazo "interior" entre los individuos. Abstracción hecha de la contradicción que reside en la representación de un lazo "interior" entre los individuos, es decir, en el interior del alma individual, "entre" los individuos, es decir, un lazo que actúa de exterior a exterior. También resulta por cierto injustificado pretender fundamentar tal comunidad de voluntad, de sentimiento o de representación únicamente sobre "interacciones" o incluso tratarla únicamente como una forma de la interacción. Los hombres reunidos en la iglesia que son transportados, por el sacerdote, a un mismo estado, idéntico en cuanto al contenido, de éxtasis devoto, por intermedio de ciertas representaciones, las mismas en todos; los hombres de una multitud que, mediante el discurso excitante de un dirigente revolucionario entusiasta son colmados por la voluntad, por ejemplo, de destruir el palacio de gobierno, he allí ejemplos perfectos de una comunidad en actitud de sentimiento, de representación o de voluntad, que no es creada por la interacción entre los individuos, sino por un efecto común que proviene del exterior, es decir, de un tercero. Comparado con este efecto, la conciencia de que los demás piensan, sienten o quieren de la misma manera, desempeña un papel secundario. Esta conciencia de contenidos psíquicos similares que nace en cada individuo por el entendimiento de los individuos entre sí, puede ocasionar bajo ciertas circunstancias, una intensificación de la experiencia psíquica fundamental de los individuos. El entusiasmo patriótico provocado por una razón cualquiera es reforzado por la percepción del mismo estado de ánimo en los otros, y puede crecer quizás en el individuo con relación a la intensificación de este fenómeno en la masa. No obstante, lo inverso es también posible, como lo reconoce ya la sabiduría de este proverbio: "Pena compartida, pena disminuida". Considerando la diferencia, muy notable respecto de este punto, de las disposiciones individuales y de las circunstancias concomitantes, que son decisivas y que se deben determinar examinando el efecto de consolidación o de debilitamiento de la conciencia colectiva, apenas si se deberá enunciar una norma de validez general.

Emitida por los representantes de la psicología de masas, la ley del crecimiento del afecto en la masa,[3] todo crecimiento del afecto en extensión significa al mismo tiempo un crecimiento de la emoción en la conciencia del que ya está involucrado, esta ley sólo es correcta

[3] *Cf.* Moede, "La psychologie des foules et la psychologie sociale dans un survol critique", *Revista para la Psicología Pedagógica*, 1915, p. 393.

con grandes restricciones. Pero en todo caso, hay que rechazar la concepción según la cual la voluntad colectiva, el sentimiento colectivo o la representación colectiva serían grandezas psíquicas obtenidas e intensificadas por la suma de las representaciones, de las voluntades, de los sentimientos de cada individuo. Es solamente porque tal concepción es defendida de vez en cuando por los teóricos de lo social que hay que insistir en decir que elementos psicológicos de diferentes individuos no pueden sumarse y que tal suma, aun cuando pudiera efectuarse, no hallaría su expresión en una realidad psíquica cualquiera. Sentimiento colectivo, voluntad colectiva, representación colectiva, sólo pueden significar la señal de la convención de los contenidos de conciencia de una pluralidad de individuos.

Si se quisiera seriamente comprender al Estado como una comunidad de conciencia de este tipo —es frecuente, en efecto, que se otorgue tal significado realista, de orden empírico-psicológico, a lo que se ha denominado voluntad colectiva del Estado o interés colectivo del Estado— sería necesario entonces, para evitar ficciones inaceptables, ser consecuente afirmando que constituyen el Estado esos hombres en los que se puede demostrar la convención necesaria entre sus contenidos de conciencia. No debería olvidarse que comunidad de voluntad, de sentimiento o de representación en tanto fenómeno psicológico de masas, aparece con las más fluctuantes dimensiones, por épocas, en lugares diferentes. En el océano de los acontecimientos psíquicos, tales comunidades pueden muy bien surgir como olas en el mar para, después de una vida efímera, naufragar de nuevo en una dimensión eternamente cambiante. La representación tradicional del Estado como formación durable y rigurosamente determinada nunca más debería tener consistencia. Y se debería finalmente contestar a la pregunta: ¿Cuál es el contenido específico de esta voluntad, de este sentimiento, de este pensamiento, cuya presencia vivida por una gran cantidad de individuos constituye precisamente la comunidad del Estado, puesto que no es cualquier fenómeno de masa según el tipo de paralelismo de los procesos psíquicos el que puede representar a la comunidad del Estado. Y a propósito de eso, debería probarse que el Estado sólo es el contenido específico de una conciencia cuya acumulación psicológico-real de masa sigue siendo problemática en cuanto a su concepto.

Ocurre lo mismo en principio con esa concepción que intenta caracterizar al Estado por la psicología como suma de las relaciones de dominación. Concebir al Estado —lo que se ha encarado de vez

en cuando— como la unidad de una relación de dominación no tiene asidero psicológicamente, puesto que la unidad de los dominadores se da tan poco en la realidad como la de los dominados. Asumir esto para el Estado es presuponer desde el principio aquello que debe ser obtenido mediante la investigación psicológica, por eso la unidad presupuesta del Estado tiene un carácter abiertamente extrapsicológico y como se comprueba siempre, jurídico. Para la observación psicológica, sólo hay una multiplicidad de hombres, hombres que dominan y hombres que son dominados, cuya unidad psicológicamente sólo puede estar fundamentada por el contenido mismo de la relación de dominación —por lo tanto mediante abstracción—. Todo depende luego también aquí, del contenido específico de esta relación de dominación —dominación no es otra cosa, en términos psicológicos, que motivación: la voluntad, la manifestación de la voluntad de un hombre se convierte en motivación para la voluntad o la acción de otro, sobre cuyo comportamiento la voluntad del primero está pautada. Y, mirando más de cerca, toda relación entre hombres se revela bajo la forma de una relación de dominación, al menos también bajo esta forma. Incluso en el vínculo que parece excluir tal relación, a saber el amor y la amistad, un análisis más sutil distinguirá una igualdad parcial de los dos elementos, y casi siempre un conductor y un conducido, uno más fuerte y uno más débil. Pero si toda relación humana es un vínculo de dominación, entonces el modelo psicológico que utilizamos aquí es tan vasto y hasta tal punto no significativo que el andamiaje de los procesos psíquicos como soporte del contenido del Estado nunca llegará a ser suficientemente caracterizado.

Junto al paralelismo de los procesos psíquicos y junto a la motivación, podemos encarar como tercera forma posible de lazo social —en la medida en que éste se busca por la vía psicológica— a esta relación singular que reside en el hecho que un individuo convierte a otro en objeto de su deseo, de su voluntad y de su demanda. Mientras que hasta aquí se ha considerado a esta específica disposición psíquica, válida únicamente como constitutiva del lazo dual de la relación de amor y de amistad (en el sentido íntimo del término), Freud ensaya aplicar la teoría de la "libido", fundamento mismo de su *psicoanálisis*, para resolver el problema principal de la psicología social, para responder a la pregunta concerniente a la esencia del "lazo social". Freud parte en apariencia únicamente de un problema específico de la psicología social, del fenómeno de la así llamada psicología de masas

descrita en los estudios de Sighele [4] y de Le Bon.[5] El problema de la "masa" debe ya, profundizándolo un poco, revelarse sencillamente como el problema de la *unidad social* o del "lazo" social. Lo que muestra justamente la exposición de Freud, cuyas consecuencias son que el *Estado debe ser concebido como una masa aunque muy complicada, es decir, como un fenómeno de psicología de masas.*

Le Bon define a una masa "en el sentido ordinario del término" como una "reunión de individuos cualesquiera de cualquier nacionalidad, de cualquier profesión o sexo, y cuya razón para reunirse es indiferente". Queda bien claro que no enuncia así ninguna definición. Ya que la cuestión es justamente saber en qué consiste la esencia de esta "reunión".[6] Pero el problema que se plantea Le Bon es el siguiente: ¿qué transformaciones psíquicas resultan para el individuo por el hecho de estar ligado a otros? Para él, "masa" es en primer lugar la expresión de una condición específica mediante la cual en una multiplicidad de individuos se producen algunos efectos homogéneos de orden psicológico-individual. Pero este concepto cambia de sentido en seguida.

> Desde el punto de vista psicológico, el término de "masa" significa algo completamente diferente. En ciertas circunstancias y únicamente en éstas, una reunión de hombres adquiere características nuevas, totalmente distintas a las que tienen los individuos que constituyen esa sociedad. La personalidad consciente desaparece, los pensamientos y los sentimientos de todas las unidades se orientan hacia la misma dirección. Se crea un alma colectiva que, aun siendo provisoria, no deja de tener un carácter bien determinado.

Le Bon habla entonces de una "masa psicológica" en que se ha convertido la comunidad, y dice de ella: "Constituye un ser único y obedece a la ley de la unidad psíquica de las masas" [7] ("ley de la unidad mental de las multitudes") "la masa psicológica es un ser provisorio, constituida por elementos heterogéneos que, por un instante, se han unido entre sí, exactamente como las células del organismo constituyen, mediante su unión, un nuevo ser con cualidades totalmente distintas a las que poseen las células individuales".[8] Si origi-

[4] *La coppia criminale*, 2a. ed., traducido al alemán por Kurella, 1890.
[5] *La psychanalyse des foules*, traducido por Eisler, 5a. ed., 1919.
[6] *Ibidem*, p. 9.
[7] *Idem*.
[8] *Ibidem*, p. 12.

nariamente la palabra "masa" designa una *condición* específica, ahora designa a las *consecuencias* que intervienen a causa de las condiciones presupuestas. Que estas consecuencias en una multiplicidad de individuos intervengan de manera uniforme, se simplifica por el hecho de que las propiedades y las funciones específicas del individuo integrado en la masa son expresados por la masa misma en tanto sujeto distinto a los sujetos que la forman. Junto a las almas de los individuos que componen la masa aparece de pronto *un alma de masa* (esta alma es la masa). Es cierto que Le Bon declara:

> Las características principales del individuo que se encuentra en la masa son pues: desaparición de la personalidad consciente, dominación de la personalidad inconsciente, orientación de los pensamientos y de los sentimientos hacia la misma dirección por medio de la sugestión y el contagio, tendencia a la realización inmediata de las ideas sugeridas. El *individuo* ya no es tal, es un autómata sin voluntad. Por lo tanto, por la simple pertenencia a una masa, el hombre desciende varios peldaños de la escalera de la civilización. En su aislamiento, quizás era un individuo culto, en la masa es un bárbaro, es decir, un ser impulsivo. Posee la espontaneidad, la violencia, el salvajismo, pero también el entusiasmo y el heroísmo de los seres primitivos. A lo que llega, también, gracias a la facilidad con la que se deja influenciar por palabras e imágenes que no provocarían efecto alguno en un individuo aislado, y se deja conducir hacia actitudes que se contradicen con sus intereses más evidentes y costumbres más familiares.[9]

Sólo de esta comprobación de que existe una suma de propiedades iguales en las almas individuales presentes en la masa, se puede concluir que hay un "alma de masa" distinta a las almas individuales. Se pretende "que la *masa* siempre está subordinada intelectualmente al hombre aislado", que "la masa es a menudo criminal, pero que es también a menudo heroica",[10] se habla de una afectabilidad, de una moralidad de la masa, etcétera. Como los individuos en la masa poseen propiedades distintas a las que poseen en el aislamiento, se habla de "propiedades de las masas, que los individuos no poseen" [11] y es así como el individuo y la masa se crea la ficción de una oposición que no existe. Y llegado el caso, se insiste con pleno reconocimiento

[9] *Ibidem*, pp. 16, 17.
[10] *Idem*.
[11] *Ibidem*, p. 14.

sobre esta hipostatización de una unidad puramente abstracta, sobre el hecho de sostener como real, en la hipótesis de un "alma colectiva", el hecho de una relación de concordancia de contenido presente en una buena cantidad de individuos, y la hipótesis según la cual se trataría solamente de una expresión abreviada y explicativa de la suma de los fenómenos individuales semejantes, queda absolutamente refutada.

> Contradiciendo la concepción que se encuentra curiosamente en un filósofo tan perspicaz como puede serlo Herbert Spencer, no hay en absoluto en el conjunto que forma una masa, una *suma* y un *promedio* de los elementos sino una combinación y una formación de nuevos elementos, exactamente como en la química donde ciertos elementos tales como, por ejemplo, las bases y los ácidos se ligan formando un nuevo cuerpo cuyas propiedades son totalmente distintas a las de los cuerpos que participaron en la reacción.[12]

Como los individuos en la masa revelan propiedades nuevas, la masa es hipostasiada en un "cuerpo", un nuevo individuo que posee esas nuevas propiedades.

Aun relacionándose con la descripción de Le Bon del alma de las masas, Freud no cae de ninguna manera en el error de esa hipótesis. *Con gran perspicacia niega desde el principio de sus investigaciones la oposición entre psicología-individual y psicología-social,* y aclara que la oposición entre actos psíquicos sociales y no sociales ("narcisistas" o "autistas", es decir, no referidos a otro) pertenece "absolutamente al terreno de la psicología individual".[13] Por consiguiente, Freud formula con total corrección el hecho decisivo para Le Bon, a saber, que "el individuo bajo cierta condición siente, piensa y actúa distintamente de lo que se espera comúnmente de él y esa condición es la integración en la multitud, que tiene las propiedades de una masa psicológica". Para Freud, no hay otra cosa que almas individuales, y su psicología sigue siendo, en todos los aspectos, una psicología individual. Su método es pues específico en esto: que presenta a los fenómenos de dicha alma de masas como fenómenos del alma individual.

Pero incluso desde otro punto de vista, las investigaciones de Freud representan un progreso decisivo respecto de Le Bon. Este último se contenta en el fondo con describir una forma psicológica, pero lo que

[12] *Idem.*
[13] *Psychologie des masses et analyse du moi.*

intenta explicar mediante la hipótesis de un "alma colectiva" es dejado de lado. Freud, en cambio, va al fondo del problema cuando, partiendo del planteo de Le Bon de la unidad de los individuos unidos en la masa —la expresión de esta unidad está dada precisamente en la metáfora, hipostasiada, del alma colectiva— Freud formula la pregunta descuidada por Le Bon: "Si los hombres en una masa están ligados formando una unidad, es que debe haber algo que los liga entre sí y este medio de conexión podría ser justamente lo que caracteriza a la masa".[14] Es cierto que Le Bon no se limita a describir a la masa como el hecho de una relación psíquica homogénea en una multiplicidad de individuos, luego, de un caso de paralelismo de procesos psíquicos. Habla incesantemente también de un "estar ligados" de los individuos comportándose homogéneamente y la metáfora del "organismo" o del "alma colectiva" debe evidentemente designar a este "lazo" como algo que sobrepasa la simple simetría de dirección. Pero no pregunta en qué consiste hablando con propiedad, este lazo y es precisamente por esta pregunta que Freud no solamente rasga el velo de la hipóstasis "alma colectiva", sino que erige sobre todo el problema de la unidad social, del lazo social.

Si está dado en lo que sigue un esbozo rápido de la tentativa de Freud de aplicar el concepto fundamental de su psicoanálisis, la "libido", a la elucidación de la psicología de las masas, y a la comprensión del lazo de los individuos en unidad social —designado demasiado estrictamente por la palabra "masa", como un lazo afectivo, como un caso de libido— hay que decir previamente que tal esbozo sólo puede proporcionar una imagen muy imperfecta de la psicología social de Freud. La teoría de "la estructura libidinal de la masa" está tan profundamente ligada a toda la teoría psicológica de Freud que no puede ser descrita separadamente del terreno del psicoanálisis general sin grandes dificultades para su comprensión y sin el peligro de ser mal entendida. No obstante en el contexto, no es tanto el valor específico del psicoanálisis con vista a elucidar fenómenos de la psicología de las masas lo que importa conocer, sino más bien en qué medida este intento de determinar la realidad social en términos psicológicos puede ser productivo para establecer el concepto y la esencia del Estado, si el Estado puede ser considerado como una "masa psicológica" gracias a la estructura que se desprende a través del análisis freudiano. A este fin basta con una exposición de los puntos

[14] *Ibidem*, p. 7.

de vista principales y no es necesario entrar en los detalles de los postulados fundamentales del psicoanálisis general.

Cuando Freud emite la hipótesis de que "libido", que "relaciones amorosas (llamadas indistintamente lazos afectivos) forman igualmente la esencia del alma de la masa",[15] interpreta la palabra "libido" o "amor" en un sentido más amplio que no incluye solamente el amor sexual, en el mismo sentido, por ejemplo, que el "Eros" de Platón. Freud dice que se apoya, en la suposición de que las relaciones amorosas constituyen la esencia del lazo social, primero en dos "pensamientos fugitivos":

> En primer lugar, para que la masa conserve su consistencia, es necesario que esté mantenida por alguna fuerza: y a qué fuerza podemos atribuir esta acción, si no a Eros que une a todo lo que existe en el mundo. En segundo lugar, cuando el individuo, en la masa, renuncia a lo que tiene de particular y se deja sugestionar por los otros, tenemos la impresión de que lo hace porque existe en él una necesidad de estar de acuerdo con los otros miembros de la masa, más que oponerse a ellos; luego lo hace quizás por amor a ellos.[16]

Si la esencia de la formación de masa, y sobre todo del lazo social debe consistir en "lazos libidinales" de los miembros de la masa, de los individuos que componen el grupo, hay que insistir sin embargo al mismo tiempo en el hecho que no puede tratarse aquí de pulsiones amorosas que persiguen "objetivos directamente sexuales"; "Tenemos aquí pulsiones amorosas que, sin que se ejerza la menor fuerza, están no obstante desviadas de sus objetivos primeros".[17] Tal desviación de la pulsión de su objetivo sexual ocupa al psicoanálisis en más de una dirección. Este fenómeno está ligado, como lo enseña el psicoanálisis, a ciertas heridas del yo. La suposición de que el lazo social se entiende como un lazo libidinal de este tipo, está reforzada en primer lugar por el hecho de que el desvanecimiento de la conciencia de sí es reivindicado como una característica esencial del hombre inserto en la masa.

> En tanto la formación de masa se mantiene, o tan lejos como pueda extenderse —es muy importante reconocer esta existencia pura-

[15] *Ibidem*, p. 45.
[16] *Idem*.
[17] *Ibidem*, p. 64.

mente efímera, fugitiva, fluctuante en su dimensión, de la formación social de los grupos— los individuos se comportan como si fueran uniformes, toleran las particularidades del otro, se muestran semejantes a él y no tienen sentimiento de rechazo hacia él. Semejante restricción del narcisismo sólo puede producirse conforme a nuestras concepciones teóricas para un solo momento gracias a un lazo libidinal con otras personas. El amor propio sólo encuentra sus límites en el amor ajeno, en el amor de objeto.[18]

Es en tanto lazo afectivo con otra persona —que no es amor sexual— que el psicoanálisis —mucho antes de sus investigaciones sobre el problema psico-social descubrió la noción de "identificación". No es posible ni necesario entrar en los detalles del mecanismo psíquico complejo de esta "identificación", que el psicoanálisis ha ahondado en forma original. Retendremos solamente el hecho que la identificación según la teoría de Freud es la forma primera del lazo afectivo con un objeto (es aún posible previamente a toda elección de objeto, sexual, por ejemplo cuando el niño se identifica al padre, queriendo ser como el padre, queriendo ocupar su lugar en todas las circunstancias, en síntesis tomando al padre ideal); retendremos luego que, según los resultados del psicoanálisis, existen casos típicos en los que la identificación tiene lugar de manera tal que el individuo percibe en otro, que no es el objeto de su pulsión sexual, una analogía importante consigo mismo, una comunidad respecto de un punto importante. El primer individuo se identifica —pero de una manera parcial, solamente desde cierto punto de vista— con el otro en quien se ha percibido una comunidad decisiva. "Cuanto más importante es esta comunidad, más seguro puede ser el logro de esta identificación parcial para corresponder así al principio de un lazo nuevo".[19] Esta comunidad puede ser particularmente de naturaleza afectiva, puede consistir en un lazo afectivo de los dos individuos con un objetivo común. Es entonces cuando Freud afirma "que el lazo recíproco que existe entre los individuos que componen una masa posee la naturaleza de semejante identificación, gracias a una comunidad afectiva importante" y que esta comunidad reside "en el tipo de lazo con el conductor".[20]

Incluso este lazo con el conductor está basado en Freud en un impulso amoroso desviado de su objetivo sexual. Freud objeta con razón a la psicología social o de masas de la época haber descuidado el

[18] *Ibidem*, p. 62.
[19] *Ibidem*, pp. 66 y ss., pp. 71-72.
[20] *Ibidem*, p. 72.

papel extraordinariamente importante del conductor. Una masa —en el sentido más amplio del término: un grupo social— es psicológicamente imposible, según Freud, sin un conductor —sea un jefe de carne y hueso como en la masa original, natural, primitiva, o sea una idea como sustituto del jefe. "Muchos seres iguales, capaces de identificarse unos con otros y un solo superior: tal es la situación que se encuentra realizada en toda masa dotada de vitalidad." El hombre no es un *animal gregario* —como se acostumbra señalar— sino más bien "un *animal de horda*, un ser singular de una horda manejada por un conductor".[21] La comprensión de la referencia al conductor presupone sin embargo, el conocimiento de un fenómeno importante que ha comprobado la investigación psicoanalítica como ligado a la sustitución de las tendencias sexuales directas con otras inhibidas en cuanto al objetivo: la división de la conciencia del Yo en un Yo y un ideal del Yo. Este último se diferencia del primero asegurando las funciones de auto-observación, de autocrítica, de conciencia moral, de instancia moral. La relación particular con el conductor puede resumirse así: el sacrificio por el Yo del objeto de su pulsión sexualmente inhibida, el rechazo completo de las funciones atribuidas al ideal del Yo, el silencio de la crítica ejercida por esta instancia, en tanto se trate de manifestaciones de ese objeto —todo lo que el objeto hace y exige es bueno e irreprochable—. La conciencia moral deja de intervenir en cuanto se trata de algo que pueda ser favorable al objeto: "Toda la situación puede resumirse en esta fórmula: el objeto ha ocupado el lugar del ideal del Yo."[22] Una masa, especialmente una masa primaria, original, es en consecuencia, según Freud, *una cantidad de individuos que han sustituido a su ideal del Yo por un solo e igual objeto, han renunciado a su ideal, lo han intercambiado con el ideal de la masa personificado por el conductor y por consiguiente se han identificado entre sí.*[23]

Freud explica el regreso a un primitivismo psicológico, incluso a la barbarie, característico del individuo inserto en la multitud, tal como lo describe Le Bon, recurriendo a su hipótesis del nacimiento de la sociedad humana. Remitiéndose a una conjetura expresada por Darwin, Freud emite la hipótesis de que la forma original de la comu-

[21] *Ibidem*, pp. 98, 99.

[22] *Ibidem*, p. 83. La relación con el conductor es semejante a la del enamorado, es decir, del amante que ha dejado de lado el objetivo sexual con relación a su objeto, o bien a la relación del medium con el hipnotizador. En el texto se trata de la relación del enamorado con su objeto.

[23] *Ibidem*, pp. 87-88, 113.

nidad humana habría sido la horda sometida a la dominación absoluta de un macho poderoso.[24] Este macho que desempeña el papel de conductor es un padre violento, celoso, guarda las hembras para sí pero impide a los machos, es decir a los hijos, satisfacer sus tendencias sexuales directas dirigidas a las hembras. Les impone la abstinencia y por consiguiente esos lazos afectivos que los vinculan a sí mismo y los unos a los otros y que resultan tendencias de objetivo sexual inhibido. El hecho de que sean mantenidos apartados de las mujeres llega hasta el exilio. Un día, los hermanos echados se reúnen, matan y devoran al padre y ponen fin a la horda paternal. El clan fraterno reemplaza a la horda paterna. Volveré más adelante sobre esa hipótesis, que aporta sobre todo una explicación sorprendente de los fenómenos del totemismo que permanecían hasta entonces como misteriosos. Retendremos solamente aquí la afirmación de Freud según la cual los destinos de la horda primitiva "han dejado huellas imborrables en la historia hereditaria de la humanidad".[25] Es sobre todo la "masa" la que es, a los ojos de Freud, un renacimiento de la horda primitiva.

> Reencontramos en las masas humanas este cuadro que ya conocemos y que no es otro que el de la horda primitiva: un individuo dotado de un poder extraordinario en una multitud de compañeros iguales. La psicología de esta masa tal como la conocemos según las descripciones tan frecuentemente mencionadas, a saber la desaparición de la personalidad consciente singular, la orientación de las ideas y de los sentimientos de todos hacia una sola e igual dirección, el predominio de la efectividad y de la vida psíquica inconsciente, la tendencia a la realización inmediata de las intenciones emergentes, todo esto corresponde a una regresión hacia una actividad psíquica primitiva semejante a la que se podría atribuir a la horda primitiva.[26]

[24] *Totem et Tabou*, pp. 116 y ss.; *Psychologie des foules et analyse du Moi*, pp. 100 y ss.

[25] Es necesario citar aquí a Heinrich Schurtz, quien en su obra *Classes d'age et associations masculines*, 1902, defiende la tesis de que todas las formaciones sociales superiores, por lo tanto el Estado en particular, se originan en asociaciones masculinas que se puede observar en todos los pueblos primitivos bajo las formas de casas de hombres, clubes, sociedades secretas masculinas. Estos grupos masculinos están basados, según Schurtz, en una pulsión social específica, que si bien es de naturaleza afín, es distinta de la pulsión sexual, y hasta dirigida contra ella. Sólo el rechazo de la pulsión sexual fundamentalmente antisocial es la condición necesaria para la diferenciación social y el progreso cultural.

[26] *Ibidem*, p. 101.

"Lo que es inquientante, perturbador, coercitivo en el carácter de la formación de masa tal como se revela en sus manifestaciones de sugestiones" debería

> ser remitido a su origen: la horda primitiva. El conductor de la masa encarna siempre al conductor primitivo tan temido, la masa quiere siempre ser dominada por un poder ilimitado, está, en el grado más alto, ávida de autoridad o para utilizar la expresión de Le Bon, está sedienta de sumisión. El padre primitivo es el ideal de la masa que domina al Yo, en el lugar del ideal del Yo.[27]

"La masa se nos aparece así como una resurrección de la horda primitiva. Del mismo modo que el hombre primitivo sobrevive virtualmente en cada individuo, del mismo modo toda aglomeración humana es capaz de reconstituir la horda primitiva";[28] en la medida en que la formación de masa domina habitualmente a los hombres, podemos reconocer allí la continuación de la horda primitiva.

Suponiendo que la teoría de Freud concerniente a la esencia del lazo social como un lazo afectivo, que su teoría de la estructura libidinal de la masa conforme al doble lazo de los individuos entre sí (la identificación) y con el conductor (instalación del objeto en el lugar del ideal del yo) sea pues exacta, la cuestión determinante para el problema del concepto sociológico de Estado —de saber si el Estado es también una masa psicológica— se convierte en la cuestión de saber si los individuos en el Estado, ligados por el Estado y que constituyen el Estado están también unidos entre sí por este doble lazo, si el Estado también —concebido como grupo social, como realidad psicosocial— revela esta "estructura libidinal". El mismo Freud parece inclinarse a contestar afirmativamente. Dice: "Cada individuo forma parte de varias masas, está ligado en forma multilateral por la identificación y ha construido su ideal del yo según los más diversos modelos. Cada individuo participa así de varias almas de masa, de la de su raza, de su *status*, de la comunidad confesional, de la estatalidad, etc. y puede elevarse por encima de todo eso, hasta cierto grado de independencia y de originalidad".[29] El Estado aparece en Freud como siendo un "alma de masa". Por cierto, de un tipo bastante diferente al de esas masas en las cuales la horda primitiva está viva de un modo inmediato.

[27] *Ibidem*, p. 111.
[28] *Ibidem*, p. 102.
[29] *Ibidem*, p. 112.

> Esas formaciones permanentes y estables se imponen a la observación con menos fuerza que esas masas pasajeras que se forman y se disgregan rápidamente, que suministraron a Le Bon la materia de su brillante caracterización psicológica del alma de masa y es en esas masas ruidosas, efímeras, superpuestas a las otras, que se observa el milagro de la desaparición absoluta, sin que se puedan encontrar huellas aunque pasajeramente, de lo que hemos reconocido como formación individual.[30]

Pero la distinción entre masas efímeras y masas estables es —según la descripción de Freud— de una importancia tan radical que caracterizar a estas últimas con el término de "masas" o incluso de "alma de masa" induce al error y debe ser rechazado. Lo que denomina "Estado" es algo completamente distinto a este fenómeno que Le Bon describe como "masa" y que Freud explica psicológicamente.

Ya a propósito del hecho de que junto a la *regresión* de la psiquis individual que se expresa en la masa, se pueden comprobar también "manifestaciones de la formación de masa cuyo efecto es opuesto" y también que junto a los juicios despreciativos de Le Bon, puede haber "una apreciación mucho más favorable del alma de las masas", Freud expresa la hipótesis de que "probablemente se ha confundido bajo la determinación genérica de 'masas' a formaciones distintas, entre las cuales es importante establecer una distinción": [31]

> Los datos de Sighele, Le Bon, y otros, se refieren a la masa de tipo efímero, rápidamente formada, gracias a un interés transitorio, a partir de individuos diferentes. Es seguro que estos autores han sido influenciados en sus descripciones por los caracteres de masas revolucionarias, sobre todo de las de la gran Revolución francesa. En cuanto a las afirmaciones contradictorias, resultan de evaluaciones de las masas estables o de los hechos societarios en los que transcurre la vida de los hombres y que se encarnan en las instituciones de la sociedad. Las masas de la primera categoría son a las de la segunda lo que las olas breves, pero altas del mar son a las largas de la resaca.[32]

Tan seductora como puede ser esta imagen y tan apta para ocultar la diferencia radical que existe entre las masas "efímeras" y las masas

[30] *Ibidem*. p. 113.
[31] *Ibidem*, p. 28.
[32] *Idem*.

"estables", que se encarnan en las instituciones, diferencia que Freud, es verdad, sintió, no las ha discernido con suficiente claridad.

Para la diferenciación determinante de los dos tipos de masas, Freud se pliega a la exposición del sociólogo inglés Mc Dougall,[33] quien distingue entre masas primitivas "no-organizadas" y masas artificiales "organizadas". Como comprueba únicamente en las primeras un fenómeno de regresión, especialmente una depreciación de la acción intelectual en la masa, hace responsable a la "organización" por la falta de regresión. Los elementos particulares en los que Mc Dougall cree percibir esta "organización" no entran aquí en cuenta. Lo importante en todos los casos es que existe entre los miembros del grupo la conciencia de un orden que rige sus relaciones, es decir, de un sistema de normas. Gracias a esta "organización", los inconvenientes psíquicos de la formación de masa estarían suprimidos según Mc Dougall. Freud piensa que la condición que Mc Dougall designa con el nombre de "organización" debería ser descrita de otro modo. "Se trata de crear en la masa las propiedades que eran características del individuo y que se habían perdido como consecuencia de la formación de masa". Están pues en cuestión: la autoconciencia, la crítica, el sentimiento de responsablidad, la conciencia moral, etcétera "Todas estas propiedades se habían perdido provisoriamente como consecuencia de su ingreso a la masa 'no organizada' ". El objetivo del desarrollo hacia la masa "organizada" es "dotar a la masa de los atributos del individuo".[34] La concepción de Mc Dougall de la "organización" debe por cierto ser corregida. Pero la de Freud también debe sorprender. Aunque sea justamente él quien haya insistido con mayor vigor en el principio psicológico-individual y que lo haya aplicado con toda lógica a la psicología de la masa primitiva, utiliza ahora una ilustración que parece romper con su método surgido de la psicología individual. La "masa" debe adquirir ciertas propiedades del individuo. ¿Cómo puede producirse, cuando sólo puede tratarse de propiedades, de funciones del alma individual? No se trata aquí de una simple forma metafórica de ilustración, sino de un desplazamiento en la formación del concepto. Ya que si la imagen de la masa que tiene las características del individuo se disuelve, aparece que no hay masa —ni siquiera la que difiere de la masa primitiva— que esté dada desde el vamos. La esencia de la masa —y allí reside el apogeo de las investigaciones de Freud— se encuentra en el lazo específico que resulta

[33] *The group mind*, Cambridge, 1920.
[34] *Ibidem*, p. 35.

ser un lazo afectivo doble de los miembros entre sí y hacia el conductor. Es sobre este carácter psíquico donde descansa el carácter espontáneo, efímero, y las variaciones de amplitud de este fenómeno sobre el que el mismo Freud no deja de insistir. Freud es consecuente sólo cuando explica que es necesario partir de la comprobación siguiente: una simple multitud no es todavía una masa en tanto esos lazos afectivos no se han producido en su seno.[35] Es solamente a estos lazos a los que atribuye los fenómenos característicos de la regresión por los cuales explica a la masa como el retorno de la horda primitiva. En el individuo que es miembro de las masas "organizadas" o "artificiales" de Mc Dougall y de Freud, estos lazos están ausentes, porque falta la regresión característica, a cuya sola explicación estaban destinados estos lazos afectivos, esta estructura libidinal. Si se hubiera tomado conciencia de que detrás de la apariencia de la afirmación positiva de una masa dotada de las propiedades del individuo se encuentra la comprobación negativa de que el individuo —en tanto miembro de la formación social de que se trata aquí— no aparece en ese lazo que suscita el específico efecto de masa de la regresión, que el individuo no tiene aquí todas esas propiedades que tiene "para sí", que tiene "aisladamente" y cuya ausencia plantea precisamente el problema de la psicología de masas o social, nunca se hubiera llegado entonces a designar a las problemáticas "formaciones" sociales con el nombre de "masas". Y se hubiera reconocido quizás que las propiedades atribuidas a esas "masas" y que las caracterizan en consecuencia bajo la denominación de masas "estables", "durables", "fijas", deben estar en contradicción con la naturaleza de este objeto que es propio de toda la investigación psicológica. He aquí por qué Freud también aplica su caracterización psicológica de la masa —"una multiplicidad de individuos que han reemplazado todos su ideal del Yo por el mismo objeto, lo que provocó la identificación recíproca en su propio Yo— únicamente a la masa 'primaria' es decir, a una masa que podía adquirir secundariamente, como consecuencia de una 'organización no demasiado perfecta', las propiedades de un individuo".[36] Si la definición de la masa no se aplica a la "masa" artificial, es que esta última no es una masa en el sentido de una unidad psicosociológica. Y no es necesario querer probar además que la característica de la masa psicológica no puede aplicarse al Estado. Pero por razones metodológicas, no es inútil señalar que si el Estado fuera una masa psicológica

[35] *Ibidem*, p. 57.
[36] *Ibidem*, p. 87.

siguiendo la teoría de Le Bon y de Freud, los individuos que forman parte de un Estado deberían estar identificados entre sí. Pero el mecanismo psíquico de la identificación presupone que un individuo *perciba* una comunidad con aquel con quien se identifica. No es posible identificarse con un desconocido, ni con algo que nunca se percibió, ni con una cantidad indeterminada de individuos. La identificación se limita desde el principio a una cantidad muy restringida de individuos *que se perciben los unos a los otros*, y es por consiguiente —abstracción hecha de todas las otras objeciones— inaplicable a una caracterización psicológica del Estado.

Sin embargo, existe ciertamente una relación entre las formaciones sociales designadas erróneamente con el nombre de "masas" estables y las masas psicológicas en el sentido real del término. ¿De qué naturaleza son estas últimas? Para responder a esta pregunta, se encuentra en Freud una indicación que parece guiarnos por la buena vía, que permite particularmente una representación correcta de la relación existente entre masas estables y masas variables. Freud distingue entre "masas que tienen un conductor y masas sin conductor" y se pregunta "si no son las masas dirigidas por un conductor las primeras y las más completas y si, en las otras, el conductor no puede ser reemplazado por una idea, una abstracción... Esta abstracción podría encarnarse nuevamente con mayor o menor perfección, en la persona de un conductor, por así decirlo, secundario...".[37] Si no nos dejamos inducir al error, la diferencia hecha entre las masas primitivas, variables y las masas artificiales, estables, coincide con la operada entre las masas provistas de un conductor y aquellas en las cuales el conductor es reemplazado por una idea que se encarna luego en la persona de un conductor, por decirlo así, secundario. El Estado parece ser una masa de este segundo tipo. Pero analizando más de cerca, el Estado no es esta "masa", sino la "idea", una "idea-fuerza", una ideología, un contenido específico de sentido que sólo se distingue por su contenido particular de las otras ideas tales como la nación, la religión, etcétera. En lo que se refiere a la realización de esta idea, al acto mismo de realización que es un proceso psicológico a diferencia de la idea que se realiza en él, se llega sin ninguna duda a esos fenómenos psicológico-individuales, a esos lazos libidinales y a las regresiones inherentes. Pero el Estado no es justamente una de esas numerosas masas de estructura libidinal, efímera, muy variable en sus dimensiones, sino la idea-*fuerza*, que los individuos integran-

[37] *Ibidem*, p. 58.

tes de esas masas variables pusieron en el lugar de su ideal del Yo, para poder identificarse entre sí. Las diferentes masas o grupos psicoreales que se forman en la realización de una *sola y misma* idea del Estado, no comprenden a todos aquellos individuos que en un sentido totalmente distinto integran el Estado. La idea jurídica del Estado sólo puede reconocerse en su propia autonomía específicamente jurídica y no por la vía psicológica, como los procesos psíquicos de los lazos y las relaciones libidinales que constituyen el objeto de la psicología social. El proceso psíquico en el que se opera la constitución de las masas sin conductor —es decir, de esas masas en las que los individuos identificándose entre sí han reemplazado su ideal del Yo por una idea abstracta en lugar de la representación de una personalidad concreta del conductor— es en todos los casos el mismo, trátese de la idea de una nación, de una religión o de un Estado. Si la formación social en cuestión fuera la masa psicológica, no existiría diferencia importante entre nación, religión, Estado, ya que sólo cuenta aquí el proceso psicológico. Estos fenómenos sociales sólo aparecen como formaciones sociales diferenciadas desde el punto de vista de su contenido específico, en la medida únicamente en que son concebidos como sistemas ideales, como específicas conexiones de pensamiento, como contenidos espirituales y no en la medida en que se considera los procesos psíquicos que realizan y sostienen a esos contenidos.[38]

## III

Al ahondar en lo que se ha convenido en llamar las masas estables organizadas, la investigación sociológica opera un notable *cambio de dirección*. Pero la dirección de esta mutación está indicada en la hipótesis de la psicología de las masas según la cual las características de lo que se denomina las masas estables es la "organización" y que se encarnan en "instituciones". Organización e institución son complejos normativos, sistemas de prescripciones que rigen el comportamiento humano, que pueden ser concebidos en su especificidad sólo desde un punto de vista orientado hacia la validez normativa, o

[38] El sociólogo francés Tarde (*La logique sociale*-1895 y *Les lois de l'imitation*, 2a. edición, 1895) parte como sabemos del hecho de la imitación sugestiva como elemento social fundamental y caracteriza al grupo social como la esencia de seres que se imitan unos a otros. Queda claro que el Estado no debe ser considerado como un grupo social en el sentido de la definición de Tarde. Pero reconocemos que cuando se realiza la idea del Estado, tales grupos pueden constituirse.

de "deber-ser", de las normas en sí mismas, y no hacia la eficacia real, existente, de los actos humanos de voluntad y de representación que tienen como contenido a estas mismas normas.

Este cambio decisivo de dirección, que puede comprobarse en toda sociología orientada psicológicamente, interviene sin excepción allí donde la reflexión pasa del terreno general de la interacción para convertise en el objeto específico de la sociología. Hay que hablar de un cambio de dirección de principio en sociología, ya que con la consideración de esos objetos la búsqueda científica se compromete en un método completamente nuevo, diferente al precedente. De una manera seguramente inconsciente para la mayoría de los sociólogos y con la sensación de proseguir por la antigua vía, se abandona el terreno del análisis psicológico-empírico para entrar en un terreno donde los conceptos deben sufrir las falsificaciones más extrañas ya que se le quiere atribuir un sentido extraño al que le es propio, es decir el sentido psicológico.

El salto típico de la sociología psicológica hacia afuera de la psicología se manifiesta en esas propiedades inconciliables con toda psicología, que declaramos características de las formaciones sociales, y que debemos declarar si queremos comprender en alguna medida esas representaciones que se presentan en nuestra conciencia como entidades sociales, como hechos colectivos. He aquí la afirmación que se encuentra en todos los sociólogos, según la cual las formaciones sociales que, mediante la interacción de elementos psíquicos, se "solidifican", se "cristalizan", se amasan, adquieren un carácter supraindividual. Como lo psíquico sólo es posible dentro del individuo, es decir, en el alma de cada hombre, todo lo que es supraindividual debe tener, al estar ubicado más allá del alma individual, un carácter metapsicológico. La interacción entre los individuos ya es tanto supraindividual como metapsicológica; y mientras no se haya tomado conciencia de ello, creemos, sin abandonar el terreno psíquico, poder elevarnos —pasando por la interacción— a la supraindividualidad, como a modo de forma superior de lo psíquico. Pero, en realidad, nos encontramos frente a una verdadera hipóstasis. A menos que se desee formular la hipótesis fuera del alma individual, de un alma colectiva colmando el espacio entre los individuos, y abarcando a todos los individuos, representación que como ya lo hemos señalado, la sociología moderna no está muy lejos de compartir y que, elaborada a fondo —ya que un alma sin cuerpo es imposible empíricamente— debe conducir a la hipótesis de un cuerpo colectivo igualmente diferenciado

de los cuerpos individuales en los que se inserta el alma colectiva. Es por esta vía que la sociología psicológica conduce a la hipótesis que culmina en lo mitológico, de lo que se denomina la teoría orgánica de la sociedad.

De la misma manera que se designa a las instituciones sociales como supraindividuales, los sociólogos les confieren bajo los más variados aspectos una "objetividad". Es un término característico de la representación en cuestión: las interacciones psíquicas entre los individuos se convierten en "fuerzas objetivas" después de haber sido "cristalizadas" y "estabilizadas". Se habla de las esencias sociales como de "objetivaciones" o incluso de "sistemas de objetivación". En todos esos giros lo que se busca expresar es una antítesis de los procesos subjetivos, es decir, de los procesos psíquicos que juegan en el alma individual, a los movimientos moleculares de la vida social. Esos hechos psíquicos, intraindividuales, subjetivos, constituyen sin embargo lo real solo y único, es decir, son esa realidad psicológica que debería tenerse en cuenta para una sociología orientada psicológicamente. Una sola cosa debe permanecer como misteriosa: ¿Cómo la subjetividad real puede convertirse por su simple acumulación o multiplicación, en una objetividad también real? La cantidad se convierte aquí en calidad, o en otros términos: es un milagro: ¡sólo se puede creer en él!

Del mismo modo que la objetividad, la duración o la constancia, que se afirma en las formaciones sociales, colocan en antítesis de principio a estas últimas con la existencia fulminante, fluctuante, de los hechos psicoindividuales, de donde deben nacer de alguna manera. Es a propósito del Estado que debemos notar hasta qué punto la esencial uniformidad y la no discontinuidad de su ser específico, los límites precisos de su extensión —que no es más que la permanencia de una validez rigurosamente definida— son incompatibles con la realidad ondulante, evanescente, siempre intermitente, de pronto en contracción, de pronto en expansión, de esos fenómenos psíquicos de masa bajo los cuales se ha intentando vanamente subsumir una teoría psicológica como ciencia natural de esta formación social. La sociología concebida como psicología social sucumbe a una ilusión pueril creyendo ver en las formaciones sociales olas por así decirlo congeladas, un movimiento de masas plasmado, en el cual sería más cómodo y más seguro leer las leyes de lo psíquico que en los fenómenos siempre fluctuantes del alma individual. Cuando un sociólogo opina que "las formaciones espirituales de que se ocupa la sociología poseen cierta objetividad y cierta constancia que los hace aptos para

la observación y la analogía de una manera muy diferente (más intensa) de lo que lo permiten los procesos pasajeros de la conciencia individual",[39] debe obligatoriamente contestar a la pregunta siguiente: ¿Cómo puede ser posible esta metamorfosis, en virtud de la cual a partir de una masa de "procesos subjetivos fugaces en la conciencia individual" —a los cuales, solamente, nota marginal, corresponde por derecho la calidad de realidad— se constituya formaciones fundadas sobre "objetividad y constancia" que pese a esta mutación de esencia no solamente no pierden el carácter psíquico original sino que incluso llegan a conservarlo más?

El sociólogo francés Durkheim es un ejemplo palpable de esos métodos que se deslizan del conocimiento psicológico-causal hacia la evaluación ético-política o jurídica. Él también fundamentará a la sociología como una ciencia de la naturaleza orientada según leyes de causalidad.[40] Toma de Comte el principio según el cual "los fenómenos sociales son hechos naturales y están sometidos como tales a las leyes de la naturaleza".[41] Pero esto significa que debemos reconocer el carácter cosificado de los hechos sociales. "Ya en la naturaleza sólo existen cosas". Y "la primera norma fundamental" para el conocimiento de lo social consiste "en considerar a los hechos sociales como cosas".[42] Durkheim rechaza deliberadamente una sociología como conocimiento de ideas o ideologías y le opone "una ciencia de realidad". Pero Durkheim plantea los hechos sociales como "cosas" en la medida en que son alguna cosa "objetiva", independiente del individuo, ya existentes previamente a él y por consiguiente independientes de él, luego alguna cosa que exista fuera de su persona, realidades de su mundo exterior, en el cual él es in-nato por así decirlo. Esos hechos de un mundo social trascendente que se formó sin la concurrencia del individuo, determinan el individuo y están frente a él provistos de una forma obligante. Esos hechos sociales objetivos, caracterizados como cosas externas al individuo, se expresan en la acción, el pensamiento, los sentimientos de los individuos, pero no deben confundirse con sus "radiaciones individuales". "Hay pues aquí una serie de hechos de un carácter muy especial: consisten en tipos particulares de acción de pensamientos, y de sentimientos, están situados fuera del individuo y están provistos de una forma vinculante en virtud de la

[39] Eisler, *Sociologie*, p. 9.
[40] *Les regles de la méthode sociologique*, Leipzig, 1908.
[41] *Ibidem*, pp. 43, 171.
[42] *Ibidem*, p. 28.

cual se imponen a él.[43] Este carácter apremiante es una propiedad inmanente a esas cosas que, frente a toda tentativa de resistencia, sobresale de inmediato".[44]

"Como la particularidad esencial de los hechos sociales reside en su poder para *ejercer desde el exterior una compulsión sobre la conciencia individual*, eso significa que no surgen de ésta última y por consiguiente la sociología no es una deducción, una consecuencia de la psicología... Si ahora el individuo es colocado entre paréntesis, sólo queda la sociedad, es pues en la naturaleza de la sociedad misma que hay que buscar la explicación de la vida social".[45] "En virtud de este principio la sociedad no es una simple suma de individuos, sino que el sistema formado por su lazo constituye una realidad específica que posee carácter particular. Sin embargo es necesario decir que tal fenómeno no puede producirse si no hay conciencia individual: pero esta condición necesaria no por sí misma, suficiente. Las psiquis individuales deben estar ligadas y combinadas de alguna manera: de este tipo de lazo surge la vida social y es, por consiguiente este tipo de lazo el que la explica. Armonizándose una con otras, penetrándose hasta la fusión, las psiquis individuales producen una esencia nueva, *psíquica* si se quiere, que presenta una individualidad psíquica de un nuevo tipo. Es pues en la naturaleza de esta individualidad y no en la de las unidades que la componen, donde deben investigarse las causas próximas y determinantes de los fenómenos que allí se desarrollan. El grupo piensa, siente, actúa de una manera distinta de como lo harían sus miembros si se encontraran aislados".[46] El hecho de saber que los individuos, cuando están ligados los unos a los otros, se comportan diferentemente que si estuvieran aislados, conduce por la vía conocida de una hipótesis no crítica a la hipótesis de una realidad social existente exteriormente a los hombres. La diferencia de función, dentro de la diferencia de las condiciones, se convierte en diferencia de sustancias, en "cosas" diferentes. Durkheim no consigue hacer resaltar debidamente este carácter "de cosa" de lo social. "En realidad, ciertos tipos de acción y de pensamiento adquieren, en razón de su aparición constante, cierta *consistencia*, que los hace independientes y aislados de los acontecimientos singulares que los han provocado. Adquieren una forma corporal, perceptible, que le es propia y constituyen una realidad *sui generis* que se distingue enteramente de las

[43] *Idem.*
[44] *Ibidem*, p. 27.
[45] *Ibidem*, p. 131.
[46] *Ibidem*, pp. 132, 133.

acciones individuales en las que se revelan".[47] La corporización que las cosas sociales llegan a adquirir finalmente ya no puede ser cuestionada, ya que es perceptible por los sentidos y este hecho es subrayado así por nuestro autor: "Como lo externo de las cosas sólo puede sernos dado por la percepción, diremos en resumen: la ciencia no debe, para ser objetiva, partir de conceptos que se han formado sin su concurrencia, sino que debe tomar los elementos de su definición fundamental directamente de los datos sensibles".[48] Esto se contradice completamente con la afirmación según la cual los datos sociales serían "cosas", pero no cosas "materiales",[49] y también con la afirmación según la cual la sociedad es una esencia "psíquica", y esta afirmación está, también, en contradicción con la que declara que la sociología no tiene nada que ver con la psicología. Todas estas contradicciones provienen en último análisis de un error de hipóstasis. El "método de la sociología" de Durkheim es la aplicación sencilla de una concepción ingenuamente sustancialista, y por tanto mitológica, a la observación del comportamiento humano condicionado por influencia recíproca.

Aquí se muestra en la sociología de Durkheim la tendencia *normativa*. La existencia "objetiva" de las "cosas" sociales, independiente de los deseos y las voliciones subjetivas, es decir, individuales; no es otra cosa de hecho que la valorización objetiva de las normas político-éticas que presupone Durkheim dogmáticamente y que intenta justificar afirmando que son realidades naturales. Insiste en el hecho de que "un carácter imperativo" es propio de todo lo que es social respecto del individuo, aceptá como tales las obligaciones impuestas al individuo —impuestas según Durkheim por la sociedad— y limita su análisis al hecho que los hombres se sienten, quizás equivocadamente, obligados. Durkheim percibe en la sociedad una autoridad vinculante, es decir, un valor, que podría tan poco prestarse al punto de vista de la causalidad de la ciencia natural como las obligaciones. "Un hecho social se reconoce en el poder de coerción externa, que ejerce o es capaz de ejercer sobre los individuos".[50] Los términos "social", sobre todo "colectivo" y "coercitivo" son sinónimos para Durkheim.[51] Como sabemos, describe como una cualidad esencial de los fenómenos sociales "ejercer desde el exterior una imposición sobre la conciencia

[47] *Idem.*
[48] *Ibidem*, p. 69.
[49] *Ibidem*, p. 7.
[50] *Ibidem*, p. 35.
[51] *Ibidem*, p. 34.

individual".[52] "La sociedad sería así capaz de *imponer* al individuo los tipos de pensamiento y de acción que ha revestido con su autoridad".[53] Esta "autoridad" de la sociedad reside en su poder de constricción que tiene como consecuencia dictar un cierto comportamiento. Como una obligación de este tipo viene del "exterior", "la fuente de todo lo que es coercitivo" se situaría fuera del individuo.[54] Sin embargo, si nos referimos al hecho de que la constricción se ejerce desde el exterior sobre la conciencia individual, si se lo considera pues un hecho de la conciencia subjetiva y si se explica este hecho como siendo un rasgo esencial de lo social, no queda nada entonces de la objetividad de lo social". Y no se entiende a partir de allí por qué se habla todavía de obligación. Se trata simplemente del efecto de una causa: el proceso de representación producido en el hombre por una acción cualquiera del mundo exterior que lleva a un impulso de la voluntad y conduce a un comportamiento, es una cadena de causas y efectos como en el caso del calentador a alcohol que calienta y funde una pieza de metal. Por ejemplo, ¿"obliga" el fuego a la pieza de metal a calentarse para finalmente fundirse? ¿Está "coercionado" el corazón a latir? ¿La causa es autoridad para este efecto? ¿Si la "constricción" en virtud de la cual el efecto sigue a la causa, y de la que la "constricción" que el hecho social ejerce desde el exterior sobre la conciencia individual sólo es un caso particular, es una obligación, la causa tiene un carácter imperativo? ¡Pero es precisamente a partir de aquí que se cree llegar al terreno de lo social! En qué clase de constricción piensa Durkheim, lo sabemos cuando declara: "En realidad, tan lejos como podamos remontar en la historia, el hecho asociativo es de todos los hechos el más constrictivo ya que es la fuente de todas las otras constricciones". La cuestión concierne a la "fuente", luego al fundamento de la validez de esas coerciones, y no la causa de las representaciones, las voliciones y las acciones. A esta conexión precisamente Durkheim liga la comunidad del Estado fundada sobre la coerción, a la que se pertenece o se está ligado sin considerar la voluntad particular. Este estado aparece en Durkheim como, por así decirlo, la quintaesencia de todos los lazos sociales, de todas las coerciones. Y es a propósito del Estado precisamente, de donde resulta muy claramente que todo lo que Durkheim intenta expresar afirmando una cosificación particular, psico-corporal, en el mundo exterior al indivi-

[52] *Ibidem*, p. 130.
[53] *Ibidem*, p. 131.
[54] *Ibidem*, p. 134.

duo, no es otra cosa que la validez objetiva —presupuesta de alguna manera— de un contenido espiritual específico autónomo, la validez objetiva de un sistema normativo.

Así la característica fundamental, a la vez ética y política, de esta sociología como "ciencia natural" ha sido suficientemente puesta en evidencia. Y es partiendo de este presupuesto como hay que juzgar también la teoría de Durkheim, según la cual la sociedad se identificaría con Dios. "Si no conseguimos —dice Durkheim— ligar la totalidad de las ideas morales a una realidad que un niño pueda tocar con el dedo, la enseñanza moral es ineficaz. Se debe dar al niño el sentimiento de una realidad como fuente de vida, que otorga fuerza y apoyo. Pero para ello hace falta una realidad concreta, viva".[55] Esta autoridad es la sociedad, según Durkheim: "La sociedad es una forma moral superior que posee la misma trascendencia que la que las religiones atribuyen a la divinidad". Durkheim —y ya hemos insistido en eso— no se inclina tanto, o por lo menos no solamente, a explicar el hecho psicológico de la fuerza motivadora de ciertas representaciones normativas, como a justificar sobre todo su validez: por el hecho de que la fundamenta sobre una *autoridad*, sobre la sociedad elevada a la divinidad.

> Se entiende —dice— que respetemos profundamente a la sociedad que exige de nosotros esos pequeños y grandes sacrificios que constituyen la estructura de la vida moral. El creyente adora a Dios, porque es de Dios de quien cree haber recibido su existencia y sobre todo su existencia espiritual —su alma—. Tenemos las mismas razones para manifestar este sentimiento respecto de la colectividad.[56]
>
> Sólo un ser consciente puede estar dotado de la autoridad necesaria para fundar el orden moral. Dios es una personalidad de este tipo, así como la sociedad. Si se entiende por qué el creyente ama y adora a la divinidad, qué razón nos impide comprender que

[55] *Boletín de la Sociedad de Filosofía*, 1906, p. 227. Tomo esta cita del artículo de Fouillé "Humanitaires et libertaires au point de vue sociologique et moral". No pude obtener hasta ahora el *Boletín de la Sociedad de Filosofía*. Sólo después de la publicación de mi trabajo sobre el "Concepto de Estado desde un punto de vista sociológico y jurídico" me llamaron la atención los escritos de Durkheim: "Les forces élémentaires de la vie religieuse", "Le système totémique en Australie", París, 1912, así como el artículo que cito más adelante. Aprovecho la ocasión que me ofrece la revista *Imago* para completar mi exposición del método sociológico según Durkheim sobre este punto importante del paralelo hecho por Durkheim entre la sociedad y Dios.

[56] *Bulletin de la Société de Philosophie*, 1906, p. 192.

el espíritu laico pueda amar y adorar a la colectividad, que es quizás lo único real presente en el concepto de divinidad? [57]

"El creyente no se equivoca cuando cree en la existencia de una fuerza moral de la que depende, y a quien le debe la mejor parte de sí mismo. Este poder existe: es la sociedad".[58] "Dado que los ritos del culto tienen por objeto, visiblemente, fortalecer el lazo entre el creyente y su Dios, consolidan, de hecho al mismo tiempo, los lazos que unen al individuo con la sociedad de la que es miembro, puesto que Dios sólo es la expresión en imagen de la sociedad".[59] Durkheim dice, como conclusión de su obra sobre las formas elementales de la vida religiosa aplicada al sistema totémico en Australia: "Hemos visto que la realidad, que las mitologías han descripto bajo las más diversas formas, y que es la causa objetiva, general y eterna de los sentimientos particulares que constituyen la experiencia religiosa, que esta realidad, es la sociedad".[60] Y dice del totem, cuyo análisis condujo particularmente a Durkheim a postular la identidad de lo social y lo religioso:

> Es el signo mediante el cual cada clan se distingue de otro, la marca visible de su personalidad que sostiene todo lo que pertenece al clan, bajo cualquier título, hombres, animales, cosas. Si, pues, los símbolos de Dios y de la sociedad son uno, es que Dios y la sociedad son una sola y misma cosa. ¿Cómo el símbolo del grupo podría haberse convertido en la expresión de lo que se ha convenido en llamar divinidad, si divinidad y grupo eran dos realidades diferentes? El Dios del clan, el principio totémico, no puede entonces ser otra cosa que el mismo clan, pero objetivado y presentado a la imaginación bajo la forma de objetos perceptibles tales como la planta o el animal que sirve de totem.[61]

Pero dicho esto, el enigma del totemismo está tan poco clarificado psicológicamente que no se halla la respuesta a la pregunta: ¿cuál es entonces la fuente común del origen de la actitud tanto social como religiosa del hombre? Ya que el problema de la autoridad social no se resuelve psicológicamente queriendo identificarlo con el de la autoridad religiosa. Inclusive en este sentido, Freud ha llegado, con su

[57] *Idem.*
[58] *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, p. 322.
[59] *Ibidem*, p. 323.
[60] *Ibidem*, p. 597.
[61] *Ibidem*, p. 295.

método psicoanalítico, más allá de los resultados de la sociología actual. Ya que Freud no se interesa en ningún caso en la justificación de una autoridad cualquiera, sino únicamente en la explicación de fenómenos psíquicos. Permanece —y tal vez esa sea la causa— en el terreno de la psicología individual y renuncia al conocimiento místico-metafísico de un alma colectiva diferente a las almas individuales. Como Durkheim, Freud se interesó en el estudio del totemismo y tropezó, haciéndolo, con las relaciones íntimas que existen entre la vida social y la vida religiosa de los hombres. Sólo que Freud no se contentó con declarar que Dios y la sociedad eran idénticos. Puso en evidencia la raíz psicológica en el origen de los lazos sociales y religiosos, tratando de explicar al totemismo por la psicología individual. Mientras tomaba al pie de la letra —afianzado en las concordancias que había descubierto en la vida psicológica de los salvajes y los neuróticos— la aserción de los pueblos primitivos, según la cual el totem era su ancestro y su padre original, aserción con la que los etnólogos no habían sabido qué hacer hasta ese momento y que quieren por este motivo relegar a segundo plano, reconoció que el totem significaba el padre original. Ya mencioné más arriba la hipótesis de Darwin retomada por Freud, según la cual la forma original de la sociedad humana sería la horda conducida por un macho poderoso en la cual el padre despótico y celoso se reserva para sí todas las hembras y echa a los hijos que se hacen adultos, los que forman alianza un día para matar al padre y devorarlo, y para reemplazar, así, a la horda paterna por el clan fraterno. El padre matado y devorado se convierte entonces, a través del arrepentimiento, en Dios, y lo que impedía en vida mediante su fuerza —las relaciones sexuales de sus hijos con las hembras del grupo— se erige en contenido de las normas sociales y religiosas sobre las vías, desbrozadas por el psicoanálisis, de lo que se ha convenido en llamar "obediencia tardía". No es necesario entrar aquí en los detalles de esta teoría insólita, a la vez ingeniosa y perspicaz. Sólo importa la comprobación siguiente: una explicación psicológica de los lazos sociales y religiosos así como de su conexión quiere que sean retrotraídos a una experiencia fundamentalmente psíquica, a la relación de los niños con el padre. La autoridad divina y la autoridad social sólo pueden ser idénticas porque son las dos formas diferentes del mismo lazo psíquico que, psicológicamente, debe tener aquí el valor de autoridad a secas.[62] Porque, en la psicología

[62] El psicoanálisis conserva también este carácter de estricta explicación causal allí donde —como en *Psychologie des masses et Analyse du Moi*— revela, al am-

de Freud, no se trata de la motivación normativa de los deberes sociales erigiendo un valor supremo, una "autoridad suprema" del orden de un dogmatismo ético —tal como está presente en Durkheim en la sociedad-Dios (o Dios-sociedad)—, sino más bien de revelar mediante el análisis las causas del comportamiento humano —he allí por qué su psicología social es necesariamente una psicología individual—; la autoridad del padre que es aislada por el psicoanálisis como un dato original del alma humana, no es otra cosa que un caso particular de la motivación, una regla, según la cual el comportamiento de un hombre se orienta según la voluntad y la esencia del otro.[63]

De todos los resultados de las investigaciones de Freud orientadas hacia los fundamentos psíquicos de la ideología social, así como de la ideología religiosa, desearía aún retener esto: con la tentativa de aclarar los comienzos de la formación de la sociedad y de la religión, Freud se une a los análisis del investigador inglés Robertson Smith (*The Religion of the Semits,* segunda edición, Londres 1907). Este último supone que una ceremonia particular, lo que denomina la *comida-totem,* el hecho de matar y consumir conjuntamente un animal de una importancia particular, el animal-totem, habría constituido desde el principio, una parte integrante del sistema totémico. Más tarde, el sacrificio expiatorio, mediante una ofrenda a la divinidad, significa en su origen un acto de socialización, una comunión de los creyentes con su Dios, *an act of social fellowship between the deity and his worshippers.* Mediante la comida de un solo y mismo animal sacrificado, la comunidad de estirpe, la unidad social —siguiendo la representación de los hombres primitivos— se establece. Quienquiera que participe de la comida es considerado como un miembro del grupo. "Pero ¿por qué se atribuye a esta comida y a esta libación común una fuerza de lazo? En las sociedades más primitivas, sólo existe un lazo que une absolutamente y sin excepción: es el lazo de la comunidad de estirpe *(kinship)*". Los miembros de esta comunidad intervienen siempre solidariamente, una estirpe es un grupo de personas cuyas vidas están encadenadas hasta formar una unidad *física* al punto que se les puede considerar como las piezas de una vida común. *Kinship* significa pues: participar en una sustancia común.

paro de toda tendencia política, el mecanismo psíquico sobre el que se apoya el régimen monárquico cuyo predominio en historia política no podría explicarse de otro modo.

[63] *Ibidem,* pp. 89 y ss.

> Entendimos que, en tiempos más cercanos, cada comida compartida —participación de una misma sustancia que penetra en su cuerpo— teje un lazo sagrado entre los comensales: en tiempos más antiguos, este significado parece corresponder únicamente a la participación en la sustancia de un sacrificio sagrado. El misterio sagrado de la muerte expiatoria se justifica cuando sólo por su intermedio *puede establecerse el lazo sagrado que une a los participantes entre sí y con su Dios*... Se entiende la necesidad de renovar de vez en cuando, por medio del proceso físico de la comida sacrificadora, la identidad de sustancia a través de la concepción realista de la comunidad sanguínea... Este sacrificio debe precisamente suministrar la sustancia sagrada y al consumirla los miembros del clan se aseguran su identidad material entre sí y con la divinidad.[64]

Los fragmentos aquí citados son importantes para mí en este contexto desde dos puntos de vista: en primer lugar, para el pensamiento primitivo, la *unidad social,* el lazo de una multiplicidad de individuos en unidad se expresa en la sustancia visible y tangible del animal totem sacrificado, consumido en común. Pero después, la unidad social —como la presenta Durkheim— tiene un carácter religioso en el cual el lazo social se realiza de alguna manera mediante la interpretación del lazo con la divinidad, los dos lazos —en tanto lazos psíquicos— son en el fondo desde el principio *idénticos,* lo que revela en el hecho que el animal-totem sacrificado, cuya consumación en común produce el lazo social, es la divinidad misma. Partiendo de una posición muy diferente a la psicológica de Freud, desde un punto de vista que he caracterizado en los comienzos de este escrito, a saber, el de una teoría del derecho opuesta a la sociología psicológica como ciencia de la naturaleza explicativa en términos de causalidad, una teoría que concibe al Estado como un contenido específico de sentido y no como el curso de alguna manera pautado del comportamiento efectivo de los hombres, como una ideología en su autonomía específica, como sistema de normas y en realidad de normas jurídicas, como sistema jurídico, alcancen resultados que, curiosamente, pueden equipararse con los resultados de la investigación psicosociológica y que pueden aclarar el problema de una manera muy distinta.

El problema central de una teoría del derecho girando en torno de la noción de Estado, pero no solamente de lo que se denomina la teoría del Estado y del derecho, sino más bien la teoría general del Estado, de la que la teoría del Estado y del derecho en el sentido tra-

[64] *Totem et Tabou,* pp. 123 y ss.

dicional es un elemento, aunque sea el elemento más importante y más rico, es el problema de la relación entre el Estado y el derecho. Por más que la teoría del Estado sea justamente una de las más antiguas disciplinas, tal vez aún la más vieja ciencia —aunque ya el primer conocimiento de la naturaleza, de orden mitológico-religioso, haya sido verosimilmente precedido por una reflexión sobre el Estado, ya que el rey (el padre) que guía a los hombres en virtud de una autoridad legal, era visiblemente el modelo de la divinidad que rige la naturaleza, y la ley jurídica el modelo de la ley natural—, la situación de su problema fundamental es, en la literatura científica, más que desconsoladora. No solamente existe sobre la relación entre el Estado y el derecho, presentados por distintos autores, puntos de vista completamente contradictorios e inconciliables entre sí —unos explican el derecho como un presupuesto lógico o temporal del Estado, otros consideran al Estado como el presupuesto, y hasta el creador del derecho— sino que ocurre también que nos encontramos, por regla general, en un solo y mismo autor, las dos concepciones enlazadas una a otra, condensadas en las más sospechosas contradicciones. Tanto más notable resulta cuanto que a propósito del Estado y del derecho, tratamos con fenómenos muy cotidianos, accesibles a todos. Un análisis crítico de las exposiciones científicas presentadas hasta ahora, revela que el problema casi insoluble de la teoría del Estado y del derecho sólo es un falso problema —como es el caso frecuentemente en la historia de las ciencias. Allí donde la teoría busca definir dos entidades diferentes una de otra, y la relación entre ellas, sólo existe en realidad un solo y único objeto. El Estado como sistema de comportamiento humano es idéntico a ese sistema coercitivo que tomamos como derecho o legislación jurídica. Pero en la medida en que se representa al Estado dentro de la categoría del sistema en el que no se lo representa bajo la forma de un sistema abstracto de normas de comportamiento humano, sino de modo figurado bajo la forma de una *personalidad actuante* —y es este sentido del Estado que aparece con mayor frecuencia— este concepto significa solamente la personificación ilustrativa del orden jurídico que crea la comunidad social y que funda la unidad de una multiplicidad de comportamientos humanos. Mediante la hipóstasis de esta personificación —error característico, revelado últimamente por Vaihinger, en su filosofía del "Como-si"—, el objeto único del conocimiento, el sistema coercitivo del comportamiento humano, es redoblado y se crea el falso problema, insoluble, de una relación de dos objetos allí donde sólo existe la

identidad de un solo e igual objeto abstracto, al cual se opone su personificación planteada erróneamente como real y que sólo es un recurso del pensamiento a los fines de ilustración y de simplificación (abreviación). La técnica de esta hipóstasis, con el redoblamiento de su objeto de conocimiento, con su contexto de falsos-problemas, se asemeja en todos los aspectos a la que funciona ya en la concepción mitológica de la naturaleza que representa, detrás de cada árbol, una Dríade, detrás de cada fuente un dios, detrás de la luna la diosa de la Luna, y detrás del Sol a Apolo. Desde el punto de vista de la crítica del conocimiento, este método mitológico que, en virtud ya de nuestro lenguaje sustantivo —tal como Fritz Mauthner lo ha reconocido y denominado— es la médula de lo que es necesario superar por erróneo, interpretar como cosas estables relaciones que sólo son determinables por el conocimiento, interpretar la *función como sustancia*. Si se puede establecer que el Estado pensado por la teoría del Estado como distinto respecto del derecho, "detrás" del derecho, como portador del derecho, es una *"sustancia" duplicadora* y productora de falsos problemas tales como el "alma" en psicología, la "fuerza" en física, habrá entonces una teoría del Estado sin Estado, del mismo modo que hoy hay una psicología sin un "alma" y sin todos los falsos problemas con los que la psicología racional se ha debatido (la inmortalidad por ejemplo: problema específico de sustancia), lo mismo que hoy hay una física sin "fuerzas". Psicológicamente sin embargo —y únicamente desde este punto de vista— esta propensión a la personificación y la hipóstasis, esta tendencia a la sustancialización es comprensible. Este punto de vista, que la ciencia natural supone detrás de los fenómenos la existencia de fuerzas, allí donde los primitivos se representan todavía dioses, sólo se presenta como una diferencia de grados. Así es en principio lo mismo cuando, para el pensamiento orientado en el sentido del totemismo primitivo, la unidad social, el lazo de una multiplicidad de hombres en unidad, sólo puede expresarse en la *sustancia* visible y tangible del animal totem sacrificado y consumido en común, y cuando la teoría moderna del Estado y del derecho debe imaginarse el orden social abstracto, este sistema de normas jurídicas y coercitivas, es decir, en realidad la *unidad* de la comunidad social efectiva (y es sólo dentro de este orden donde reside la comunidad) como una cosa, una sustancia, una persona "real", formada de manera absolutamente antropomórfica, sin haber tomado conciencia del carácter de esta representación como de un simple recurso del pensamiento; tanto más si notamos hasta qué

punto es fuerte la tendencia a suponer a esta "persona" como algo posiblemente visible y tangible, como un ser vital hiperbiológico. Sobre este punto, la teoría moderna del Estado es primitiva, así como el sistema totémico, que es justamente la teoría del Estado de los primitivos.

El concepto de Estado concebido como un concepto de sustancia tal como "fuerza" y "alma", como ficción personificadora, se pone a la par del concepto de Dios. La concordancia en la estructura lógica de esos dos conceptos es realmente sorprendente, sobre todo si se considera la analogía profunda que existe entre las preguntas y las respuestas aportadas, en el terreno de la teología y el de la teoría del Estado. Esta analogía me impresionó particularmente en las representaciones que, dentro de la literatura más reciente, están dadas de las relaciones entre el derecho y el Estado. El Estado trascendiendo el derecho, metajurídico, que no es otra cosa en realidad que la personificación objetivada, que la unidad convertida en real del derecho, corresponde muy exactamente al Dios trascendiendo la naturaleza, supranatural que no es otra cosa que la personificación antropomórfica grandiosa de la unidad de esta naturaleza. Del mismo modo que la teología busca a fondo superar el dualismo que ella misma creó al plantear el problema —insoluble según sus propios postulados— de la relación de unidad del Dios metafísico con relación a la naturaleza, y de la naturaleza extradivina en relación a Dios, del mismo modo la teoría del Estado y del derecho se ve forzada a relacionar el Estado metajurídico con el derecho, y el derecho extraestatal con el Estado. La teología —y no solamente la cristiana— busca la solución de su problema por la vía mística: mediante la humanización de Dios, el Dios ultramundano llega al mundo, o mejor, a su representante: el hombre. La solución que la teoría del derecho y del Estado investiga es la misma. Es la teoría de lo que se ha convenido en llamar la obligación del Estado hacia sí mismo o la autolimitación del Estado, en virtud de la cual el Estado suprajurídico, convertido en persona, se somete con plena voluntad a su propio orden jurídico que él mismo ha creado, y de poder extrajurídico se convierte sencillamente en un ser jurídico, el derecho. Como teoría se contradice con los postulados que ella misma ha creado de la teoría del derecho y del Estado, y como quiere hacer comprender lo incomprensible, es decir, que dos seres diferentes sean uno, se le ha reprochado desde siempre tener cierto carácter místico. Pero no se ha notado hasta allí todavía, que el misterio de la humanización de Dios es presentado por la teología desde el punto de vista de la "autolimitación" de Dios. No obstante,

la concordancia entre la teología y la teoría del Estado llega aún más lejos: al problema de la teodicea corresponde exactamente el problema de lo que se ha convenido en llamar el "ilícito del Estado". En lo que se refiere a la relación entre Dios y el individuo —el alma universal y el alma individual— la especulación religiosa, más particularmente de los pensadores místicos, no ha aportado en el fondo, otra cosa que la teoría política de la universalidad y del individualismo en lo que se refiere a la relación Estado (comunidad)-individuo. E inclusive la teoría teológica de los milagros encuentra en la teoría del Estado y del derecho su análogo, como lo he demostrado detalladamente.[65]

Así, la relación revelada por la psicología social entre lo religioso y lo social se encuentra confirmada por la crítica del conocimiento. Desde este punto de vista, el Estado se presenta, por este motivo, como un concepto de Dios, porque descansa sobre el dualismo sistemático característico del método, es decir, porque en tanto hipóstasis de la unidad del orden jurídico fue producido —como un ser trascendente respecto de éste— de la misma manera que Dios, en tanto personificación de la naturaleza, fue producido como la formación de una ficción trascendiendo la misma. Desde el punto de vista de la crítica del conocimiento importa ante todo en las ciencias del espíritu y sobre todo en las ciencias sociales, superar el método teológico, eliminar el dualismo sistemático. Pero es precisamente en esta dirección que el análisis psicológico de Freud ha suministrado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológico-individuales las hipóstasis revestidas con toda la magia de las palabras antiguas, Dios, la sociedad y el Estado.

[65] *Cf.* mi estudio sobre *Le concept sociologique et juridique de l'État*, 1922, pp. 219 y ss.